

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LUIZ FELIPE CAMPOS HIDALGO DE ALMEIDA

OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

CURITIBA

2016

LUIZ FELIPE CAMPOS HIDALGO DE ALMEIDA

OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Monografia de Conclusão de Curso apresentada
como requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito pela Universidade Federal do
Paraná.

Professor Orientador: Prof. Dr. Paulo César
Busato

CURITIBA

2016

AGRADECIMENTOS

Por este trabalho, agradeço a quem realmente contribuiu para sua realização. Àqueles que me auxiliaram: muito obrigado.

"Do parapeito do prédio, olhei para baixo: decidi. "- C. H.

RESUMO

A operação de infiltração de agentes, atualmente, é reconhecida como um instrumento de investigação extraordinário, tendo em vista a complexidade que o envolve. Um das principais polêmicas envolvendo a referida técnica de investigação pauta-se na possibilidade de que o agente infiltrado possa cometer delitos no seio da operação de infiltração. De maneira geral, estudiosos que analisam o tema defendem a aplicação de uma regra geral no momento da análise da responsabilidade penal do agente infiltrado. Entretanto, o que se verifica é uma constante divergência de opiniões sobre o critério a ser aplicado. A proposta do presente trabalho, frente a esta situação, é a apresentação de uma nova maneira de se analisar o assunto. Buscar-se-á, deste modo, definir os limites da responsabilidade do agente infiltrado a partir da análise do concurso de pessoas, verificando-se em quais casos serão aplicadas as hipóteses de autoria ou participação, para eventual afastamento da responsabilidade penal.

Palavras-chave: Agente infiltrado. Direito Processual Penal. Crime organizado.

Responsabilidade penal.

ABSTRACT

The operation of undercover agents is currently recognized as an extraordinary instrument of investigation, in view of the complexity that it involves. One of the main controversies surrounding this technique of investigation involves the possibility that the undercover agent may commit crimes within the undercover operation. In general, scholars who analyze the theme defend the application of a general rule at the time of analysis of the undercover agent's criminal responsibility. However, there is a constant divergence of opinion on the criteria to be applied. The proposal of this work, facing this situation, is the presentation of a new way to analyze the matter. It will seek to define the limits of the undercover agent's criminal responsibility from the analysis of the *concursum deliquentium*, verifying in which cases to apply the hypotheses of authorship or participation, for the eventual exclusion of criminal responsibility

Keywords: Undercover agent. Criminal Procedure Law. Organized Crime. Criminal responsibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DO AGENTE POLICIAL INFILTRADO	11
1.1 DELIMITAÇÃO EM FACE DE OUTRAS FIGURAS	12
1.2 O CONCEITO DE INFILTRAÇÃO	15
1.2.1 As Infiltrações “ <i>Light Cover</i> ”	18
1.2.2 As Infiltrações “ <i>Deep Cover</i> ”	19
1.3 ORIGEM NOS EUA: OS <i>UNDERCOVER AGENTS</i> E A <i>ENTRAPMENT DEFENSE</i>	22
2 EVOLUÇÕES LEGISLATIVAS	26
2.1 PRECEDENTES: OS TRATADOS INTERNACIONAIS FIRMADOS PELO BRASIL	26
2.2 LEI DO CRIME ORGANIZADO (9.034/1995)	27
2.2.1 Alterações pela Lei 10.217/2001	30
2.2.1.1 Proibição da coparticipação delituosa	32
2.2.1.2 Pré-Exclusão da Antijuricidade do Art. 288, CP	34
2.3 LEI Nº 11.343/2006.....	35
2.4 O DECRETO Nº 5.015/2004 – A Convenção de Palermo.....	36
2.5 A NOVA LEI 12.850/2013	39
2.5.1 Art. 10, Seção III: da infiltração de agentes	41
3 A DISCUSSÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE	
INFILTRADO	45
3.1 LIMITES PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO DE FORMA IGUALITÁRIA	46
3.1.1 Teses pela atipicidade.....	47
3.1.1.1 Atipicidade formal e/ou conglobante	48
3.1.1.1.1 Atipicidade material	50
3.1.2 Teses pela Justificação	52
3.1.3 Teses pela Exculpação e Escusas Absolutórias	55
3.2 AUTORIA	59
3.2.1 Autoria Imediata	62
3.2.2 Autoria Mediata.....	63
3.2.3 Coautoria	64
3.2.4 Autoria colateral	66

3.3 PARTICIPAÇÃO	67
3.3.1 Participação moral	68
3.3.1.1 Instigação e induzimento	68
3.3.2 Participação material	70
3.3.2.1 Cumplicidade.....	71
3.4 OUTRAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO	72
3.4.1 Participação em cadeia	72
3.4.2 Participação sucessiva	73
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

O instituto da infiltração de agentes é classificado, modernamente, como um meio extraordinário de investigação, utilizado principalmente no combate às organizações criminosas. Recentemente, o legislador brasileiro, buscando delimitar a questão relativa às organizações criminosas, sancionou a Nova Lei de Organizações criminosas nº 12.850/2013. Dentre as suas várias disposições, a referida lei prevê, em seu art. 10, a infiltração de agentes, objeto de análise no presente trabalho.

A figura do agente infiltrado suscita diversas questões no mundo jurídico, porquanto trata-se de uma verdadeira dissimulação - executada pelo agente encoberto - proporcionada pelo Estado, órgão máximo de autoridade.

No entanto, a questão que mais intriga os juristas está centrada na atuação do agente infiltrado, especificamente na possibilidade de que o mesmo possa cometer delitos em prol da investigação realizada. É evidente que o agente encoberto, no seio da operação de infiltração, simulando ser um membro da organização criminosa, pode encontrar-se compelido ao cometimento de um delito para que sua fidelidade à organização seja comprovada; ou, ainda, manter intacta sua integridade física.

Assim, emerge a dúvida: se ao agente infiltrado é permitida a comissão de delitos, até que ponto se autoriza o mesmo a praticar um crime? É, indubitavelmente, uma questão de complexidade extrema, na medida em que é o próprio Estado que exime o agente infiltrado de responsabilidade penal. A Lei 12.850/2013, por exemplo, em seu art. 13, parágrafo único, afirma que o agente infiltrado que cometer delitos no curso da investigação não será responsabilizado quando inexigível conduta diversa. É, evidentemente, uma maneira de se observar o caso em tela.

A doutrina, desde o início da discussão acerca da responsabilidade penal do agente infiltrado, sempre almejou um critério geral que pudesse ser aplicado à conduta do policial encoberto nas situações em que o mesmo incorra em práticas delitivas. Entretanto, independentemente da corrente que prevalecesse, invariavelmente uma situação-exceção surgia à frente da análise dos juristas.

O presente trabalho, com o intuito de contribuir para a discussão sobre a responsabilidade do agente infiltrado, parte de uma premissa distinta daquela proposta pelas teses até o momento elaboradas: ao invés de buscar um critério geral para aplicação aos casos em que o agente infiltrado venha a cometer crimes, propomos, ao contrário, uma análise

casuística, delimitando a responsabilidade do agente conforme as características do delito praticado, oferecendo uma solução pautada no concurso de pessoas - sem a pretensão, entretanto, de que a tese proposto solucione, definitivamente, a discussão em questão, tendo em vista a complexidade do assunto.

Assim, esta apresentação iniciar-se-á pela delimitação da figura do agente infiltrado frente a outros institutos, de modo a definir, primeiramente, quais suas principais características. À sequência, realiza-se um apanhado histórico do referido instituto, detalhando suas principais mudanças conforme a legislação em vigor no cenário brasileiro. Por fim, propõe-se uma maneira distinta para se proceder à análise da responsabilidade do agente infiltrado, pautando-se no concurso de pessoas para o exame do caso concreto, delimitando as hipóteses em que a responsabilidade penal do agente infiltrado poderia ser aplicada a partir das situações de autoria e participação.

1 DO AGENTE POLICIAL INFILTRADO

A figura do agente policial infiltrado, comumente conhecido como "agente infiltrado", é um dos grandes instrumentos de que dispõe os Estados. Essa técnica de investigação adquiriu maior notoriedade com as operações de infiltrações que ocorreram em diversos países, mormente nos Estados Unidos, com as chamadas operações encobertas¹. O agente infiltrado pode ser caracterizado, também, por "agente encoberto", expressão que remete a definição espanhola de "agente encubierto". A conceituação de agente infiltrado encontra-se bem aduzida pela jurista argentina Cláudia B. Moscato de Santamaría, em cuja definição o admite como um

[...] funcionario policial ou de forças de segurança que realiza uma investigação dentro de uma organização criminosa, muitas vezes, através de uma identidade modificada, a fim de tomar conhecimento da comissão de delitos, sua preparação e informar sobre suas circunstâncias para assim proceder o seu descobrimento, e em alguns casos também se encontra autorizado também a participar da atividade ilícita. (tradução nossa) ²

Convém expor, nesta seara, o entendimento de Flávio Cardoso Pereira, que, tecendo comentários acerca das infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas), afirma que

[...] o sujeito ativo da infiltração é o Estado, representado na execução da operação, por um personagem denominado "agente infiltrado" ou agente encoberto, o qual apresenta como características básicas, em seu labor, o uso do engano e a consequente ocultação de sua verdadeira identidade, vez que somente assim, poderá ingressar no grupo de delinquentes, com vistas a tornar-se pessoa de confiança dentro daquele ambiente criminoso.³

Compreende-se, desta maneira, que o agente policial infiltrado caracteriza-se principalmente pela relação de confiança que constrói com a entidade criminosa na qual se encontra inserido, utilizando-se de sua falsa identidade para reunir provas (cujo descobrimento, neste caso, é facilitado pela operação de infiltração, haja vista que as descobertas são realizadas internamente à organização criminosa). Assim, a importância do presente meio de investigação policial ocorre na medida em que as informações são obtidas

¹ Do inglês, "*undercover operations*"

² SANTAMARÍA, Cláudia B. Moscato de. **El agente encubierto en el Estado de Derecho**. Buenos Aires: La Ley. 2000, p. 64.

³ PEREIRA, Flávio Cardoso. **Meios extraordinários de investigação criminal: ações controladas e agentes infiltrados**. São Paulo: Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP), dez. 2007. v. 6, p. 17. Disponível em: < <http://flaviocardosopereira.com.br/artigos>>. Acesso em: 20 out. 2014.

diretamente da organização criminosa, ao passo que a investigação policial comum é realizada de forma externa à organização investigada.

1.1 DELIMITAÇÃO EM FACE DE OUTRAS FIGURAS

Cabe destacar, preliminarmente, neste ponto, que a figura do agente infiltrado, assim como para qualquer atividade estatal, é regida pelo princípio da legalidade, devendo, devendo haver previsão legal sobre sua atuação. Desta forma, os requisitos para atuação na operação policial infiltrado encontram-se dispostos nos artigos 10 e 11 da Lei 12.850/2013:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.⁴

A infiltração de agentes, assim, é realizada por agentes da polícia judiciária, como bem destacam André Carlos e Reis Friede, "embora a lei não mencione expressamente, trata-se de agente de polícia judiciária, ou seja, de um integrante da Polícia Federal ou das Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal, instituições incumbidas de apurar a autoria e materialidade de infrações penais".⁵ Assim, ao contrário do que poderia se imaginar - e do que já fora outrora cogitado -, o agente infiltrado só poderá ser representado por agentes da Polícia Civil ou da Polícia Federal.

Os agentes de inteligência, por sua vez, estão excluídos das operações de infiltração, porquanto suas atividades, segundo a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), são

⁴ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>

⁵ CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do agente infiltrado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 26.

altamente heterogêneas (incluem-se, a título de exemplificação, atividades do Ministério da Saúde e do Ministério da Previdência). Depreende-se do Decreto nº 4.376/2002, em seu art. 2º:

[...] entende-se como inteligência a atividade e análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimento, dentro e fora do território nacional relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.⁶

Não confunde-se, deste modo, inteligência do Estado com inteligência criminal.

Evidente, portanto, o equívoco existente na revogada Lei 9.034/1995, na qual admitia-se a infiltração por parte dos agentes de inteligência. Contribuindo com o presente raciocínio, assim dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 144:

Art. 144 A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.⁷

O referido artigo dispõe, ainda, dos parágrafos 1º ao 5º, que apenas às Polícias Federal e Civil incumbe a apuração de infrações penais, reiterando o fato de que estas são as Polícias Judiciárias do Estado, possuindo a competência real para a realização de operações infiltradas. Operando-se a junção das legislações supra, verifica-se, portanto, que excluem-se também da competência dos agentes infiltrados os agentes de polícia ostensiva, haja vista que sua atividade não coaduna, especificamente, com a atividade eminentemente investigativa.

Evidenciados os agentes competentes para a atuação em operações infiltradas, cumpre distinguir, de forma mais minuciosa, a figura do agente infiltrado de outras que a ele se assemelham.

Em primeiro lugar, separa-se a figura do agente infiltrado com a pessoa do informante. Enquanto aquele caracteriza-se pela real atuação interna à organização criminosa, dela participando ativamente e ocultado seus reais dados e identidade, à vista de desmantelar a

⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002**: Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4376.htm>

⁷ _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

entidade na qual está inserido, o informante é representado única e exclusivamente pelo indivíduo que colabora com os órgãos criminais, mormente os órgãos policiais. O informante realiza atividades que facilitam a investigação de determinadas operações, possuindo, consigo, informações privilegiadas. Aqui, não ocorre a necessária atuação relativa a uma organização criminosa, bastando o fornecimento de uma informação referente a determinado crime.

O informante possui uma relação de certa confiança com as autoridades estatais, tendo sua identidade mantida sob sigilo, não possuindo sua atividade um real compromisso com a persecução penal.

Deve-se destacar, ainda, a diferença do agente infiltrado em relação à figura do "espião" ou "agente secreto", vez que "estes últimos laboram única e exclusivamente na tarefa de desenvolver atividades de inteligência voltadas para a defesa do Estado Democrático de Direito, da sociedade, da eficácia do poder público e da soberania nacional".⁸ Assim, resta evidente a distinção com relação ao agente infiltrado.

É possível, ainda, que se confunda a figura do agente infiltrado com a do denunciante anônimo, haja vista que esse

fornece às autoridades estatais informação(s) capaz(s) de ajudar em alguma investigação, de modo que sua identidade não se torna conhecida no decorrer do processo penal (algumas vezes, nem mesmo pela autoridade respectiva). Dita colaboração tem caráter esporádico, no que difere tanto do labor do agente infiltrado quanto da atividade do informante. Mais do que isso, para expurgar qualquer confusão com este último, o denunciante anônimo não possui relação alguma com os órgãos estatais, não se trata de pessoa com acesso fácil, por assim dizer, a estes.⁹

Nesta esteira, vale destacar a figura do arrependido, cujo indivíduo pertence de fato ao grupo criminoso. Neste caso, ocorre uma "troca de favores" entre o criminoso e a autoridade estatal, na qual o primeiro visa à obtenção de benefícios condicionados à delação de reais informações acerca das atividades criminais das quais fez parte. Cita-se, aqui, a recente figura da delação premiada, disposta na Nova Lei de Organizações Criminosas, cuja função é precisamente a redução da pena daquele que, mediante acordo judicial com o Estado, revela informações que facilitem a investigação policial. Na figura do delator, portanto, não se reconhece um agente policial infiltrado, caracterizando tão somente um criminoso cujo

⁸ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El agente infiltrado desde ele punto de vista del garantismo procesal penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 362.

⁹ MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da figura do agente infiltrado nas organizações criminosas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.15, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12582>. Acesso em: 13 nov. 2014.

objetivo é a obtenção de benefícios em troca de concessão de informações à autoridade estatal.

Diferencia-se, nesta linha, o agente infiltrado da figura norte-americana "*undercover agent*", porquanto este último constitui um infiltrado *sui generis*, vez que, para parte da doutrina, sua tarefa consiste em realizar operações genéricas, sem qualquer finalidade específica. Nessa senda, o *undercover agent*, ainda que seja um policial atuando de forma encoberta, infiltra-se de modo genérico em âmbitos e organizações diversas, sem que o seu labor obedeça, originariamente, a uma investigação delitiva concreta, constituindo, portanto, uma figura em caráter de colaborador ou confidente.¹⁰

Por fim, distingue-se o agente infiltrado do agente provocador. Não restam dúvidas quanto à importância da presente diferenciação, vez que é a mais complicada de se realizar.

Inobstante sua recorrente confusão, os efeitos das atividades do agente infiltrado e do agente provocador são completamente distintos. O agente provocador é aquele que instiga o outro a perpetrar o delito, com o fim de que aquele que comete o delito seja posteriormente castigado. Sua atuação, portanto, ocorre no campo da indução, visando lograr êxito no convencimento de que dado indivíduo cometa um delito e, paralelamente - e concomitantemente - se utiliza de medidas para que o suposto culpado seja preso por sua conduta.

Desta forma, no tocante à distinção supra “não se pode argumentar que exista qualquer relação entre a atuação de um agente infiltrado e a ocorrência de um flagrante provocado, vez que aquele tão somente observa, coleta informações e provas, não fazendo parte de seu labor qualquer ato de provocação à prática do delito.”¹¹ Malgrado a diferenciação, frisa-se que caso o agente, durante a infiltração policial, dê causa a um flagrante provocado, será o policial infiltrado responsabilizado penalmente.

1.2 O CONCEITO DE INFILTRAÇÃO

A infiltração de agentes consiste, basicamente,

[...] numa técnica de investigação criminal ou de obtenção da prova, pela qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, infiltra-se numa

¹⁰ PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigiladas (Controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, Goiás, n. 6, p.18, 2007.

¹¹ *Ibid*, p. 19.

organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento.¹²

Vale, nesta senda, rememorar os ensinamentos de Carmona Salgado que, ao tratar do tema, destaca o instituto da infiltração como um

[...] instrumento de investigação de que se valem os corpos de polícia de diferentes países para os fins de lograr um maior grau de eficácia na luta contra a criminalidade e, consiste em que um agente policial, com identidade falsa, se integre na estrutura de uma organização delitiva, para obter desde seu interior, provas suficientes que permitam fundamentar a condenação penal de seus membros, desarticulando finalmente, se possível, a citada organização.¹³

A investigação realizada por intermédio do agente infiltrado não é tão recente como se pretende imaginar. Sua origem pode ser buscada na história europeia, em operações da polícia parisiense, em que os primeiros agentes infiltrados foram contratados para realizar investigações nos finais do século XVIII. O Estado possuía, assim, a pretensão de controlar - ainda que superficialmente - a movimentação e organização dos principais grupos criminosos da época.

Evidentemente, há um consenso acerca do conceito da infiltração policial. De forma sucinta, reconhece-se o presente meio de investigação policial como aquele que, ao invés da investigação policial ordinária, ocorre de forma "interna-externa", vez que o policial atua, literalmente, dentro da organização criminosa.

A operação de infiltração policial ocorre mediante uma relação de confiança estabelecida entre o agente infiltrado e os infratores que o admitem no grupo criminoso. É mediante essa relação que o policial infiltrado firmará suas bases internas à organização: sua capacidade de obter informações valiosas à investigação aumenta em grandeza diretamente proporcional.

Sob este prisma, cumpre salientar que o presente instituto possui outras características a ele peculiares: a "dissimulação", representando a ocultação do atributo do agente oficial e de seus verdadeiros objetivos; o "engano", vez que toda operação com cunho da infiltração enraiza-se em uma encenação por parte do policial infiltrado, através da qual estabelece-se a pretendida relação de confiança entre o agente e o investigado; e, por fim, a "interação", consistindo em uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.¹⁴

¹² ARAÚJO SILVA, Eduardo. **Crime organizado**: Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93.

¹³ CARMONA SALGADO, Concepción. "La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico": Estudios jurídico-penales y Político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines. (Coord. Lorenzo Morillas Cueva). Madrid: Dykinson, 2003, p. 181-182

¹⁴ ARAÚJO SILVA, Eduardo. **Crime organizado**: Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86-87

No que concerne à relação de confiança entre o agente infiltrado (um engano por parte do criminoso, melhor dizendo), assim nos brinda, novamente, Flávio Cardoso Pereira:

Observa-se, pois, que o essencial em toda infiltração é a ocultação da identidade, rectius, da condição policial, e/ou das intenções do infiltrado, como ponto de partida para estabelecer com o passar do tempo uma relação de confiança, que permita o acesso a uma informação; é dizer, o engano e o abuso de confiança.¹⁵

A criminalidade contemporânea caracteriza-se pela sua individualidade (vez que não possui um caráter convencional), assumindo diversas formas de manifestação. Neste sentido, admitindo o processo de evolução evidente das entidades criminosas - e da criminalidade propriamente dita -, afirma a jurista Isabel Sánchez García de PAZ:

enquanto as atividades delitivas clássicas eram praticadas, basicamente, de maneira individual, observa-se na atualidade uma evolução a uma criminalidade conduzida por grupos de delinquentes bem estruturados e que assumem o labor do crime como verdadeira empresa, como efetivo negócio.¹⁶

Frente a essa mutabilidade da criminalidade, desenvolvendo, cada vez mais, maneiras de impor suas atividades à sociedade em geral, o processo penal busca, dessa forma, a chamada "eficácia penal": uma resposta estatal à altura da complexidade cada vez mais intensificada das organizações criminosas: "É isto o que se busca hodiernamente: eficácia penal. Uma vigorosa e concreta resposta do Estado à proliferação dos fenômenos delitivos de maior gravidade, adequando-se tal eficácia a um necessário respeito aos direitos fundamentais dos investigados ou acusados."¹⁷

Assim, dada sua eficácia no combate às organizações criminosas - malgrado os riscos ao agente infiltrado -, a infiltração foi incorporada no ordenamento jurídico de diversos países, sendo consenso, entre aqueles que adotaram exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado que, em prol da operação de infiltração, comete delitos necessários à manutenção de sua identidade.

¹⁵PEREIRA, Flávio Cardoso. Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigíadas (Controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, Goiás, n. 6, p.17, 2007.

¹⁶GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. **Introducción a la obra "La criminalidad organizada: Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales"**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 21

¹⁷PEREIRA, Flávio Cardoso. A Investigação Criminal Realizada por Agentes Infiltrados. **R2 Direito**, fev. f. 1-14, 2008. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_979_A%5Finvestigacao%5Fcriminal%5Frealizada%5Fpor%5Fagentes%5Finfi>. Acesso em: 16 out. 2014.

1.2.1 As *Light Cover*

Reconhece-se, na seara das organizações criminosas, que a complexidade de cada uma varia conforme o contexto, crimes praticados e os próprios participantes do complexo criminoso (para citar apenas alguns que podem influenciar na estrutura da organização). Assim, correto é o raciocínio que conclui que as infiltrações policiais possuem, da mesma forma, níveis de complexidade distintos.

A doutrina assente em reconhecer a existência de distintas formas de operações de infiltração. Neste ponto, entretanto, destaco as peculiaridades relativas às *light cover*.

As *light cover*, grosso modo, representam as infiltrações leves, possuindo duração não superior a seis meses. A parcela da doutrina¹⁸ que aderiu a presente classificação destaca que essa distinção é realizada conforme o grau de envolvimento do agente infiltrado. Constituem, desse modo, uma espécie de infiltração que não demanda grandes períodos para planejamento, na qual os agentes infiltrados mantêm sua identidade e seu lugar na estrutura policial. Não há, nesse caso, uma relação estreita de confiança com a organização criminosa, podendo limitar-se a uma única transação ou encontro com um membro da referida para recolhimento de informações. Vale ressaltar, neste item, que o cometimento de delitos por parte do agente infiltrado não inexiste nas *light cover* sob o fundamento de que são infiltrações leves¹⁹. Evidentemente, a probabilidade de que o policial infiltrado venha a perpetrar crimes necessários à continuidade da operação é maior em infiltrações longas - a saber, as *deep cover* -; no entanto, afirmar que nas operações de infiltração leve, resta ausente o cometimento de crimes por parte do policial infiltrado é cometer erro crasso.

Ainda, cabe reforçar que, não obstante seja considerada infiltração leve, a primeira espécie supracitada também cria riscos à pessoa do agente infiltrado, haja vista que mantém

¹⁸ A título de exemplo, faz-se menção à portuguesa Isabel Oneto que, ao conceituar a operação de infiltração, destaca sua consequente divisão entre *light cover* e *deep cover*, tomando como base o tempo em que o agente policial permanece infiltrado, bem como a forma com quem infiltra-se na organização criminosa investigada. (ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 80)

¹⁹ Não obstante o fato de que aqui trata-se de infiltração leve - *light cover* -, é evidente que o cometimento de delitos por parte do (s) agente (s) infiltrado (s) possivelmente venha se mostrar imprescindível para que conquiste a confiança da entidade criminosa investigada (a realização de uma compra de narcóticos para comprovar o caráter criminoso de uma organização que possui o tráfico de entorpecentes como meio de subsistência, por exemplo). Assim, nas palavras de Isabel Oneto, acerca da eventual necessidade de delinquir por parte do policial infiltrado: "(...) o agente infiltrado, durante seu trabalho, depara-se frequentemente com uma situação ambígua, uma vez que tem de inserir-se num meio criminoso sem poder adoptar o comportamento delituoso dos seus actores. Aliás (...), tal situação nem sempre é realizável, pois é precisamente a prática de alguns dlitos que o agente infiltrado ganha a confiança dos restantes membros do grupo". (ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**- contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.81)

somente contatos esporádicos com os meliantes, não usufruindo de uma confiança preestabelecida.

Nas palavras de Rafael Pacheco, acerca das medidas de controle e infiltração policial no combate ao crime organizado: "Indiferente ao tipo de infiltração pretendida, certo é que não há como negar que estar infiltrado pressupõe correr o risco de praticar o ilícito e é daí que se depreende a preocupação quanto à responsabilidade do agente."²⁰

É possível subdividir as operações "light cover" em seis modalidades, cujas formas e aplicação variam bastante conforme o ordenamento jurídico em questão. Assim destaca a portuguesa Isabel Oneto:

São elas (as light cover): a *decoy operation* (ou *operation leurre*), na qual o agente assume o papel de vítima em potencial, para que outras policiais possam efetuar a prisão no momento em que o infiltrado for atacado pelo investigado; a *pseudo-achat*, na qual o policial apresenta-se como comprador de produtos ilícitos; a *pseudo-vente*, onde o agente demonstra ser vendedor de tais produtos; o *flash-roll*, em que o infiltrado exhibe quantias de dinheiro a fim de convencer os vendedores da mercadoria ilícita a "fechar negócio". a *livraison surveillée*, ou entrega vigiada, que consiste em vigiar o transporte, em determinado território, de mercadoria ilícita, retardando-se a interpelação dos investigados a fim de deter os responsáveis por ela; e *livraison contrôlée*, semelhante à *livraison surveillée*, mas na qual os próprios policiais transportam a mercadoria, responsabilizando-se pela entrega.²¹

Desta forma, portanto, é possível concluir que as diferentes vertentes das *light cover* acima expostas serão aplicadas consoante o contexto em que se encontra a investigação e, também, mediante uma análise do órgão investigador, a fim de optar a que melhor se encaixa à demanda policial.

1.2.2 As Deep Cover

Consoante referenciado no item anterior, as *deep cover* constituem, em seu compasso, as infiltrações mais comumente conhecidas, quais sejam, as de longa duração. Possui essa espécie de infiltração uma característica de maior profundidade, possuindo maior duração, planejamento e, sobretudo, uma completa dedicação por parte do agente infiltrado. Aqui, há a total submersão na operação, exigindo-se do infiltrado a assunção de uma identidade falsa e, inclusive, cortes aos laços familiares e sociais, vez que estará imerso por completo no âmbito criminoso investigado. Outrossim, revela-se extremamente delicada no tocante ao psicológico

²⁰ PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 215.

²¹ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 81-82.

do policial infiltrado, deixando sequelas ao indivíduo, vez que envolvem problemas logísticos, humanos e éticos.²²

Em tese de mestrado na qual discorre sobre o tema, Maria Jamila José²³, citando a já mencionada Isabel Oneto, destaca a possibilidade de ser realizada a divisão das *deep cover* da seguinte forma:

em: sting operation (na qual um agente, sob falsa identidade, monta uma empresa ou um estabelecimento comercial, alardeando que compra mercadoria ilícita ou roubada, com o objetivo de atrair para ele os investigados), *honey-pot operation* (em que o infiltrado abre um bar ou outro comércio, com a intenção de o transformar em um centro de encontros da criminalidade organizada), *buy-bust operation* (técnica de infiltração na qual o agente, aos poucos, adquire pequenas quantidades de drogas ou outros produtos ilícitos, sem que seu fornecedor seja detido, para assim efetuar sua inserção no meio criminoso; e efetua a prisão do investigado apenas no momento em que efetua a compra de uma quantidade maior de produtos ilegais), e, finalmente, a *infiltration de réseaux ou de groupes* (operação de infiltração mais ou menos longa de caráter genérico, em que o agente se infiltra no meio criminoso para assim recolher informações e provas sobre a preparação de crimes ou sua consumação).(grifo nosso)²⁴

Inobstante reconheça-se a importância das classificações aqui abordadas, é mister ressaltar que as presentes modalidades possuem raízes no direito norte-americano da *Common Law* - não seria assim de outra forma, vez que foi no sistema jurídico estadunidense em que as infiltrações policiais caracterizaram objeto de minuciosa análise e aplicação - possuindo, por vezes, dificuldades quanto à aplicação no nosso ordenamento jurídico.

A fim de sair da esfera abstrata acerca das *deep cover*, visando à exemplificação concreta acerca dessa espécie de infiltração, destaca-se uma das primeiras operações do gênero, realizada pelo FBI, em meados da década de 1970.

²² O filme intitulado *Rush - Uma viagem ao inferno*, lançado em 1991, sob a direção de Lili Fini Zanuck, retrata com precisão a situação em que se encontra um agente infiltrado em uma *deep cover*. No filme, os agentes Jim Raynor e Kristen Cates investigam um esquema de tráfico de drogas, infiltrando-se no ambiente criminoso. Entretanto, devido à necessidade de provar, a todo momento, que não são policiais, a carga psicológica que paira sobre os policiais torna-se, com o passar do tempo, cada vez mais pesada. Os agentes infiltrados são levados a uma situação praticamente insuportável, pressionados, por um lado, pela máscara que a todo momento tentam manter intacta; e, do outro, pelo chefe do departamento em que atuam, vez que esta demanda provas cada vez mais concretas do esquema criminoso. O resultado revela-se sombrio: os agentes acabam por se viciar nas drogas que buscam apreender, começam um caso amoroso e envolvem-se em estreitas amizades com os próprios traficantes. A obra cinematográfica expõe perfeitamente uma operação de *deep cover*, destacando, acertadamente, as infinitas dificuldades pelas quais os agentes policiais infiltrados enfrentarão quando em uma operação infiltrada - a par da real e crua realidade demonstrada em *Rush*, o filme ainda conta com uma trilha sonora que, por si só, já o faz valer a pena (composições com Eric Clapton, ganhador do Grammy de 1993 por *Tears in Heaven*, Jimi Hendrix e Bob Dylan).

²³ JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 110.

²⁴ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p 83-84.

Em intenso combate à criminalidade organizada - mais especificamente, a máfia -, encontrando cada vez mais dificuldades para a produção de resultados efetivos, o Federal Bureau of Investigation, em 1976, lançou o agente Joe Pistone em "Little Italy", New York. Joe, sob a falsa identidade de "Donnie Brasco", estabeleceu uma relação de proximidade com mafiosos locais, ganhando-lhes a confiança. Angariando informações cada vez mais preciosas sobre o funcionamento e estrutura da organização, o agente Pistone atuou juntamente aos criminosos pelo período de 06 (seis) anos, motivo pelo qual entendeu-se necessário o rompimento por longos períodos de seus laços familiares, limitando -se a encontros cada vez mais raros com seus próximos. Ao final da "Operação Donnie Brasco", o FBI estava a par de a organização interna da família Bonanno e algumas outras, conseguindo, dessa forma, realizar a condenação de mais de 100 (cem) indivíduo. Dada a proporção e notoriedade da operação, foi filmado, em 1997, com os atores Johnny Depp (Agente Joe Pistone) e Al Pacino (Lefty Ruggiero), também sob o título de "Donnie Brasco", um longa cujo relato detalha as minúcias da operação, revelando as sequelas deixadas no agente infiltrado Joe Pistone.²⁵

Outrossim, destacando um exemplo ocorrido na realidade brasileira cita-se a "Operação Lagarta", ação comandada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul - detalhada na obra "Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial", do jurista Rafael Pacheco -, em que um agente infiltrado, autorizado judicialmente, munuiu-se de identidade e documentos falsos, mediante uma empresa fictícia, aproximou-se da organização criminosa investigada. Uma vez dentro do mesmo ambiente em que o complexo criminoso, lançou série de outras técnicas, como captação ambiental e interceptações telefônicas, com a devida autorização judicial. Entretanto, vez que o policial atuou durante cerca de 06 (seis meses) - sendo prorrogada judicialmente por outros 06 (seis) meses -, a operação fundou-se em uma "estória-cobertura", sem avançar para a técnica de infiltração propriamente dita - neste caso, a *deep cover* - havendo contato, porém não havendo efetivamente imersão na organização criminosa. O que houve, neste caso, foi uma aproximação, e não uma submersão.²⁶

Dessa forma, diante do exposto neste subcapítulo, resta claro que a *deep cover*, embora possua características símile à *light cover*, é caracterizada por uma maior dedicação tanto do agente infiltrado como do próprio corpo policial do qual faz parte, uma vez que se

²⁵ THE FBI FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. **Undercover Agent**: using Intel to stop the Mob, Part 3. Mar. 2008. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/news/stories/2008/march/pistone031308>>

²⁶ ROMAIS, Celio. **Ação do Ministério Público é exemplo**: Infiltração policial realizada na "Operação Lagarta" é enfocada em livro. Porto Alegre: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id13795.htm>>

passa a atuar interna e juntamente à organização criminosa. Há, portanto, um dispêndio de esforço mais intenso no âmbito policial, com uma total e completa subordinação por parte do policial infiltrado à operação em tela.

1.3 ORIGEM NOS EUA: OS *UNDERCOVER AGENTS* E A *ENTRAPMENT DEFENSE*

Inobstante a figura do *undercover agent* não se confunda com o agente infiltrado reconhecido no ordenamento brasileiro, destaca Delgado Martín que "o agente infiltrado estende sua investigação a toda atividade criminosa da organização e não somente a um já realizado delito concreto"²⁷, motivo pelo qual frisa-se sua importância para a compreensão do meio de investigação mediante infiltração policial.

Relatou-se alhures brevemente acerca da origem das operações policiais de infiltração. Inobstante tenha se citado o exemplo parisiense, com o *agente provocateur*, optou-se pela ênfase ao modelo norte-americano, dada sua eficácia e notoriedade no combate às organizações criminosas mediante infiltração policial, com o *Federal Bureau of Investigation*, originariamente chamado de *Bureau of Investigation*, criado em 1908 por Theodore Roosevelt, e, precipuamente, com o *Drug Enforcement Administration (DEA)*, os quais dispõem de tecnologia sofisticada para o auxílio às operações de infiltração.

Assim, como bem destaca Mario Daniel Montoya²⁸, a utilização dos agentes policiais infiltrados é comum no país norte-americano desde o século XVII. O desenvolvimento da presente técnica de investigação expandiu-se em demasia nas épocas subsequentes, mormente em virtude do fenômeno da urbanização ocorrido nos Estados Unidos, bem como uma série de mudanças captadas em suas leis penais e na natureza dos crimes nele realizados.

Interessa aqui frisar que, em sentido contrário à legislação pátria e de outros países, o ordenamento jurídico estadunidense permite com que a infiltração seja realizada não somente por agentes públicos, mas também por particulares, na função de informantes. Neste sentido, destacam a definição norte-americana de informante os juristas Fábio Ramazzini Bechara e Luís Fernando de Moraes Manzano como sendo

qualquer pessoa que fornece informação sobre um crime, mas que não seja a parte acusatória, vítima ou testemunha. Informantes podem ser cidadãos

²⁷ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 362

²⁸ MONTOLYA, Mario Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 39.

consciosos ou criminosos atrevidos que buscam algum benefício em troca de seu depoimento [...]²⁹

No Estados Unidos, portanto, a utilização de particulares para a função de infiltração (na função de informante) é justificada pelo fato de que a aceitação da infiltração desses agentes seria melhor aceita por parte dos criminosos investigados do que a de policiais tentando agir como criminosos. Evidentemente, como não deveria ser diferente, as leis americanas estaduais, em sua maioria, condicionam a atuação de particulares à autorização judicial.

A perpetração de delitos do *undercover agent* é admitida pela legislação estadunidense, com a condição de que o agente informe previamente o seu superior. No entanto, são limitadas em alguns aspectos, não devendo ocorrer como intuito de obtenção de benefícios pessoais através dos delitos que venha a perpetrar.³⁰

Conforme se depreende, os Estados Unidos da América possuem um amplo sistema de infiltração policial, sendo o país que dela mais se utiliza. Dada essa utilização, destaca-se que no sistema norte-americano desenvolveu-se a teoria denominada *entrapment defense*, podendo se traduzida, no presente contexto, como a "concepção e o planejamento de uma ofensa por um policial, e a obtenção de sua comissão por alguém que não o cometera se não fosse a trapaça, persuasão ou embuste por parte do policial."³¹ Aqui, portanto, revela-se uma situação em que a provocação por parte do agente encoberto leva o indivíduo a cometer um delito. Considerando essa atitude um ferrenho abuso de autoridade, desenvolveu-se, na jurisprudência dos Estados Unidos, a *entrapment defense*, utilizada como defesa por parte do acusado, sob a alegação de que foi induzido, pelo policial, a cometer um delito, sem ter, no entanto, a predisposição necessária para tal.

O instituto da *entrapment defense* foi de fato consagrado na jurisprudência americana em 1932, no caso *Sorrells v. U.S.*³², tornando-se verdadeiramente abundante a partir das

²⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Crime organizado** - aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.155.

³⁰ *loc. cit.* p. 155-156

³¹ "the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer [...]". (ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40.)

³² O caso *Sorrells vs. U.S.* foi julgado em 19 de dezembro de 1932 pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em que os julgadores, na ocasião, reconheceram, por unanimidade, o instituto da *entrapment defense*. O objeto de discussão teve sua origem em 1930 - época em que vigorava nos Estados Unidos a Lei Seca -, quando um agente policial de Haywood County, na Carolina do Norte, soube que um operário local bebidas alcoólicas ilegalmente. Assim, dirigiu-se à casa de Sorrells, o operário, sob o disfarce de um veterano da 1ª Guerra Mundial, afirmando-

décadas de 1950 e 1960, acompanhando, paralelamente, o crescimento do consumo de drogas no país norte americano.³³

A *entrapment defense*, como destaca Isabel Oneto, possui dois modelos³⁴. O primeiro modelo para a presente teoria de defesa envolve um caráter objetivo, sendo este o mais adotado pela doutrina norte-americana, inclusive pelo *American Law Institute*, figurando, ainda, no *Model Penal Code* do país norte-americano³⁵. Nele, analisa-se a intervenção dos policiais e seu impacto hipotético sobre o chamado "homem médio respeitador da lei". O julgador, dessa forma, verifica se, no curso da infiltração policial, o indivíduo que, em condições normais, respeitaria a lei não seja levado a cometer um crime caso não existisse a intervenção do policial. Se assim for verificado, inobstante seja considerado culpado, tecnicamente, o indivíduo não é punido, vez que a atitude policial foi considerada intolerável, em termos objetivos.³⁶

O outro modelo acerca da *entrapment defense* é o subjetivo, cuja utilização encontra-se em uma escala menor quando em comparação com o modelo objetivo. No subjetivo, o

lhe que estava de passagem. O agente, durante a conversa, por diversas vezes solicitou a Sorrells se este possuía algum drinque, obtendo a negativa do operário; no entanto, após passado algum tempo, Sorrells cedeu e lhe trouxe uma bebida, momento em que o agente o prendeu. A questão levada à Corte Suprema pelo advogado de Sorrells discutia se a validade da prova pela indução da autoridade policial era suficiente para a condenação do acusado. A Corte, por maioria, entendeu que houve flagrante abuso da autoridade por parte do agente policial no caso em tela, tratando-se o acusado de um indivíduo que, induzido do agente disfarçado, em condições normais não teria cometido crime; destacou, ainda, baseando-se no critério subjetivo, que não fora constatada uma predisposição do acusado para o cometimento do delito pelo qual fora condenado em instâncias superiores. Assim, instaurou-se, de fato, a tese da *entrapment defense* na jurisprudência norte americana. (LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Sorrells v. United States. Washington, D. C.: Cornell University Law School, 1932. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/287/435>>)

³³ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 44.

³⁴ *Ibid*, p. 42.

³⁵ Model Penal Code, Part I. General Provisions, ARTICLE 2. GENERAL PRINCIPLES OF LIABILITY: "Section 2.13. Entrapment:

(1) a public law enforcement ou pessoa agindo em cooperação com esse oficial perpetra uma *entrapment* se com o propósito de obter prova da comissão de uma ofensa ele induz ou encoraja outra pessoa a envolver-se em conduta que constitui esse delito, quer por:

(a) Fazendo conscientemente falsas representações destinadas a induzir a convicção de que tal conduta não é proibida; ou

(b) Empregando métodos de persuasão ou de incentivo que criam um risco substancial de que um tal crime será cometido por outras pessoas que não aquelas que estão prontas para cometê-lo.

(2) Exceto como previsto na Subsecção (3) desta seção, uma pessoa acusada de um crime deverá ser absolvido se provar pela preponderância de evidências de que sua conduta ocorreu em resposta a uma *entrapment*. A questão da *entrapment* deve ser julgada pela Corte na ausência do júri

(3) A defesa proporcionada por esta seção é indisponível quando causar ou ameaçar de lesão corporal é um elemento do delito e a acusação é baseada em conduta que causa ou ameaça tal dano a uma pessoa diferente da que perpetrar a *entrapment*." (tradução nossa) (THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model penal code official draft and explanatory notes**. Whashington, D.C., 1985. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>>)

³⁶ ONETO. 2005. *loc. cit.*

cabimento da *entrapment defense* ocorre mediante dois aspectos, sendo o ônus da prova dividido: em primeiro lugar, busca-se a comprovação de que a articulação criminosa originou-se a partir da ação policial; e, em segundo lugar, o julga-se se o indivíduo investigado, após a ação policial, já não possuiria uma predisposição ao cometimento do delito³⁷. Denota-se, dessa forma, que a *entrapment defense* aplica-se somente em situações de provocação policial, visando evitar com que os indivíduos sejam instigados pelo Estado a realizar crimes e, de outro lado, impedir com que haja excessos nas atitudes policiais, ainda que o investigado seja culpado.³⁸

³⁷ ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 43.

³⁸ *Ibid.*, p. 44

2 EVOLUÇÕES LEGISLATIVAS

Como ora analisado, constata-se que a criminalidade perpetrada pelas organizações criminosas - na seara transnacional -, em suas diferentes vertentes e formas de atuação, constituiu, ao longo da história, uma das principais mazelas a serem combatidas pelo sistema policial e judiciário. Não é surpresa, portanto, que a técnica de investigação por intermédio da infiltração de agentes vem sendo cada vez mais reconhecida como uma das mais importantes ferramentas empregadas no combate à criminalidade.

Não obstante a supracitada técnica de investigação policial possua raízes desde o século passado, hodiernamente vem ganhando terreno no que tange às análises legislativas, haja vista a necessidade de regulamento cada vez mais minucioso da presente ferramenta policial.

Neste sentido, revelando a preocupação internacional com o assunto abordado, cabe destacar a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado, realizada na data de 15 de novembro de 2000 - incorporado no ordenamento brasileiro pelo Decreto 5.015/2004 - em que, em seu art. 20.1, assevera:

Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada. (grifo nosso)³⁹

Resta cristalina, portanto, o evidente receio das autoridades internacionais no que concerne à batalha frente às organizações criminosas, que tornam-se, a cada dia, mais perspicazes em seu objetivo de ignorar palavra da lei. Cumpre examinarmos, neste passo, a evolução legislativa brasileira em torno da figura do agente infiltrado, de forma que seja possível compreender de que maneira a técnica da investigação da infiltração policial se desenvolveu em nosso ordenamento ao longo de nossa (breve) história.

2.1 PRECEDENTES: OS TRATADOS INTERNACIONAIS FIRMADOS PELO BRASIL

³⁹ Brasil. **Decreto nº 5.015, de 14 de março de 2004**: promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Brasília, DF, 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>

Como ora retratado ao até o presente momento neste trabalho, a ascendência cada vez mais acentuada da criminalidade - com grupos criminosos cada vez mais estruturados - obteve níveis alarmantes na realidade internacional, efeito também reluzente no cenário brasileiro, mormente após a década de 1980. Desta forma, portanto, as autoridades policiais encontraram-se em uma situação de extrema delicadeza, motivo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro obteve a necessidade de agir, por intermédio da legislação, frente à nova faceta criminosa que se instaurava em nosso território.

Embora o Brasil não tenha olvidado das mazelas atribuídas (corretamente) à criminalidade desenfreada⁴⁰ ao final da década de 1990, foi com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - comumente chamada de Convenção de Palermo - que o combate às organizações criminosas obteve enfoque mundial, dada sua gravidade cada vez mais preocupante. Aderida à legislação brasileira através do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, como supramencionado, a Convenção de Palermo é o documento que, sem dúvidas, "contém os postulados básicos, as diretrizes fundamentais que inspiram e orientam a elaboração de leis e a formação das políticas de prevenção e repressão ao crime organizado, adotados pelos 147 países que a subscreveram, sob a égide das Nações Unidas"(grifo nosso).⁴¹

Posto isso, torna-se visível que a comunidade internacional - incluindo-se o Brasil - não se manteve inerte ante uma crescente onda de criminalidade (a exemplo dos grupos criminosos brasileiros Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, e PCC, originalmente em São Paulo⁴², em ascendência até o momento da ratificação da Convenção de Palermo). Neste capítulo, portanto, serão analisadas, no âmbito jurídico brasileiro, as principais legislações relativas às técnicas e meios de investigação utilizados no combate às organizações criminosas, dentre elas o próprio Decreto 5.015/2004.

2.2 LEI DO CRIME ORGANIZADO (9.034/1995)

A Lei do Crime Organizado, de nº 9.034/1995 - a primeira que, na seara brasileira, a fazer menção à criminalidade - foi promulgada em meio a um período em que a sociedade,

⁴⁰ Convém pontuar, também, que, em consonância com o crescimento das ondas de crime no Brasil ao final do segundo milênio, o crime organizado também começou a se destacar de forma mais contundente do que nas épocas anteriores, com uma estrutura cada vez mais sólida.

⁴¹ GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.23

⁴² TOLENTINO NETO, Franciso. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54-55.

atenta à ascensão do poderio das organizações criminosas existentes em terras brasileiras, clamou por uma resposta à altura por parte do Estado. Assim, encontrando-se atacada por ambos os lados - de um lado, a criminalidade; do outro, a própria sociedade -, o legislador brasileiro promulgou a Lei do Crime Organizado.

O palco no qual a referida lei foi promulgada, devido às características acima expostas, pode ser denominado de "direito penal da emergência". Neste contexto, o Estado, entendendo ser conveniente atender às demandas da população - cujas vontades geralmente situam-se no campo do Direito Penal -, age de forma a agradar a sociedade. Entretanto, não é incorreto introduzir, aqui, o ditado popular: "A pressa é inimiga da perfeição." Em termos concretos, o Estado age de prontidão - visando demonstrar que está apto à tarefa que lhe fora atribuída -, permitindo, assim, que seu trabalho esteja mais suscetível a eventuais ineficiências. Sobre o assunto, destaca a jurista Renata Almeida da Costa:

Em função da urgência dos acontecimentos sociais, o Estado edita normas jurídicas que violam garantias e direitos individuais. Ou melhor, no afã de adaptar o direito à sociedade globalizada economicamente e integrada supranacionalmente, acaba por tornar direitos individuais globalizados e supranacionais, violando as garantias individuais e os princípios gerais do direito.⁴³

Revelado o contexto no qual a Lei 9.034/95 tornou-se realidade no legislativo brasileiro, cabe, agora, apontar ao seu corpo técnico, mormente no que concerne às técnicas de investigação.

A primeira crítica à lei em tela extrai-se de sua própria ementa se em comparação com o conteúdo de seu art. 1º. Assim ambos dispunham:

CAPÍTULO I

Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova

Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.⁴⁴

Torna-se, aos olhos do leitor - mesmo àquele desprovido de qualquer conhecimento jurídico -, evidente que o art. 1º não se dirige, expressamente, à forma de modalidade criminosa exposta na ementa, qual seja, "Organizações Criminosas". Desta forma, não obstante o objetivo da lei tenha sido o combate às organizações criminosas a redação de seu

⁴³ COSTA, Renata Almeida da Costa. **Sociedade complexa e o crime organizado**: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 90.

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 9.034, de 03 de maior de 1995**: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>

art. 1º torna-se o epicentro de um emaranhado de confusões relacionadas ao conteúdo do art. 288, do Código Penal Brasileiro - até então não modificado pela vindoura Lei 12.850/2013, sobre a qual se falará mais adiante -, que tratava exatamente dos crimes de "quadrilha e bando".

Cabe destacar, neste ponto, a distinção entre dois conceitos que são constantemente admitidos como sinônimos - erroneamente, entretanto: a criminalidade de massa e a criminalidade organizada⁴⁵. A primeira pode ser encontrada nos atentados cotidianos à vida ou à integridade das vítimas, em situações de roubos em vias públicas ou em estabelecimentos, furtos de veículos ou em residências, situações que atentam contra a liberdade sexual das pessoas, etc. Essas situações que geram uma atmosfera de medo evidenciam um fenômeno diário e em comunicação com a vivência da sociedade. A criminalidade organizada, por seu turno, possui uma alma mais obscura, não tendo como característica principal ataques a vítimas individuais - da forma como age a criminalidade de massa. Essa segunda forma de criminalidade dispõe de diversos meios de disfarce e simulação, apresentando calibre e estrutura organizativa, interferindo - por meio de extorsão e outras formas de coerção, por exemplo - nas esferas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, explica Winfried Hassemer que a criminalidade organizada "seria o poder de corrupção do próprio sistema encarregado da persecução penal estatal"⁴⁶, sendo que a distinção dessas duas formas de criminalidade tornaria a situação mais cristalina, visto que a criminalidade mais visível pelas autoridades - porquanto presente no cotidiano da população - é a de massa, e não a organizada.

Convém examinarmos, portanto, a pontual explicação de extrema relevância brindada pelo jurista alemão Winfried Hassemer, entre criminalidade organizada e criminalidade de massa:

Deve-se diferenciar entre criminalidade organizada e criminalidade de massa. Ambos têm em suas condições de surgimento pouco em comum e exigem estratégias diferentes para sua prevenção e repressão. Essa diferenciação também pode mitigar a pressão de recrudescimento que incide sobre o combate à criminalidade organizada.

1. O sentimento de segurança da população e seu crescente medo do crime são influenciados pela criminalidade de massa (arrombamento de residências e de carros, assaltos nas ruas, violência entre jovens e contra estrangeiros) e muito menos pela criminalidade organizada que representa mais um fenômeno obscuro e a qual quase não tangencia a experiência cotidiana.

2. A proliferação e recrudescimento de instrumentos jurídicos de combate são, porém, dirigidos contra a criminalidade organizada e não contra a criminalidade

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. "Segurança Pública no Estado de direito". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, p. 57, 1994.

⁴⁶ _____. Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 6, n. 23, p.27, jul./set. 1998.

de massa e são justificados pela ameaça oferecida pela criminalidade organizada, como também em razão de uma política de segurança. Os motivos do medo da criminalidade e os instrumentos de combate ao crime não se coadunam. O fato de que, no direito penal anestésico, a atuação organizada e o abuso diário se tangenciam, não torna, de qualquer forma, este último parte integrante da criminalidade organizada.

3. Uma resposta dirigida e inteligente à criminalidade de massa promete alívio perceptível no campo da segurança interna. Melhoria da situação dos jovens, um estancamento, passo a passo, do mercado negro por meio de "anestésicos" ("criminalidade de aquisição") ou medidas técnicas de prevenção poderiam tornar prescindíveis os recrudescimentos do direito penal e novamente fazer retornar um clima de reflexão tranquila, como a política criminal tanto precisa. (grifo nosso)⁴⁷

Desta forma, é possível compreender que a Lei 9.034/1995, embora tenha inaugurado - de forma emergencial, é verdade - uma pseudo regulamentação do combate às organizações criminosas, ela originou inúmeras discussões doutrinárias, haja vista a dificuldade conceitual que apresentou em sua ementa e em seu art. 1º. Desta feita, evidencia-se que o legislador, ao elaborar a lei 9.034/95, apoiou-se na definição do crime de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do Código Penal, criando nova confusão conceitual no que toca a definição de crime organizado. Sobre a questão, aponta Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo:

quadrilha ou bando e crime organizado apresentariam mais diferenças do que semelhanças, sendo inaceitável a transposição do art. 288 do CP para tipificar a estrutura complexa e perene da organização criminosa. O grupo de pessoas, unidas de forma rudimentar, apto a tipificar a quadrilha não se coadunaria com o modelo empresarial da organização criminosa. Entre ambas as figuras delitivas, haveria proximidade, tão-só, por configurarem espécies de associação criminosa.⁴⁸

Compreende-se, portanto, que a lei em análise fora promulgada envolta por inúmeras imprecisões. Malgrado tenha constituído um primeiro passe no que tange a incessante batalha contra o crime em sua modalidade organizada, o legislador admitiu a necessidade de reformular a Lei do Crime Organizado, de 03 de maio de 1995, fato que veio a se tornar realidade somente no século seguinte, com a lei 10.217, de 11 de abril de 2001, alterando os arts. 1º e 2º da lei 9034/95.

2.2.1 Alterações pela Lei 10.217/2001

Com o intuito de alterar a reformular a confusa lei 9.034/95, a lei 10.217/2001 introduziu a seguinte modificação no art. 1º da Lei do Crime organizado:

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.141-142. (Coleção Del Rey Internacional, 6)

⁴⁸ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa** - nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

Art. 1º. Esta lei define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer natureza. (grifo nosso)⁴⁹

Nota-se, portanto, a adição da expressão "ou organizações ou associações criminosas de qualquer natureza", ampliando, desta forma, a natureza dos crimes a serem englobados pela referida lei. Entretanto, perdendo a oportunidade de conceituar com precisão dos grupos criminosos nela expostos, mais uma vez restou ao aplicador da lei a interpretação do que seria, por definição, "organização criminosa", limitando-se a nivelar ao tipo criminal "quadrilha ou bando". O entrave inicial, assim, manteve-se intocado.

Não obstante tenha sido, da mesma forma, imprecisa, a nova lei demonstrou certo mérito - ao contrário da lei pretérita - no momento em que diferenciou os termos "quadrilha ou bando" de "organizações ou associações criminosas". Ocorre que, independentemente do mérito aqui retratado, ao equiparar todas as condutas na modificação do art. 1º, a presente lei acabou por considerar todas as formas como modelos de crime organizado, fato que acabou por permitir que todos os meios de investigação considerados diferenciados também poderiam a eles ser aplicados - em princípio, deveriam ser utilizados somente em condutas consideradas excepcionais.

Convém notar, outrossim, que a nova lei, da mesma forma, alterou o art. 2º da lei 9.034/95, ao adicionar os incisos IV, V e seu parágrafo único. Em seu inciso V, a lei dispõe sobre a infiltração de agentes, ressaltando que deverá ser utilizada por autoridades policiais em tarefas de investigação, condicionada sob a autorização judicial "estritamente sigilosa", permanecendo nesta condição por todo o tempo em que perdurar a infiltração.

É perceptível, portanto, que a lei 10.217/2001, a par de não ter aproveitado a oportunidade para definir os conceitos de organização e associação criminosa - ou, ao menos, diferenciá-los, em seus pormenores, dos conceitos de quadrilha e bando -, a referida lei trouxe para o ordenamento pátrio a figura do agente infiltrado, fato digno de nota, dada sua extrema relevância à investigação policial brasileira, visto que o inciso que dispunha sobre a infiltração de agentes na lei pretérita, de 1995, fora vetado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso.. No entanto - como toda lei que se revela imprecisa, esta lei encontra-se, também, envolta por aspectos positivos e negativos, motivo pelo qual existem tantos "prós" e

⁴⁹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001**: Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm>

"contras" acerca de seu conteúdo -, embora tenha abarcado a figura do agente infiltrado, a lei supra também demonstrou-se falha no que tange às hipóteses de cabimento do presente meio de investigação. Acerca deste ponto, detalha, acertadamente, Luiz Otávio de Oliveira:

Como se vê, o legislador brasileiro, contrariando a tendência que vem se firmando nas legislações da maioria dos países democráticos, não fixou critérios básicos para o emprego do recurso a "infiltração", quer no sentido de limitar sua utilização (via de enumeração taxativa das hipóteses em que é permitida, fixação do tempo de duração da ação dos infiltrados e, ainda, a expressa menção aos critérios da proporcionalidade/ necessidade que devem norteá-la), quer no sentido de viabilizá-la na prática (com a criação de mecanismos de proteção aos agentes -como o direito de uso prolongado ou permanente da identidade falsa atribuída durante a operação de infiltração, o de retirar-se para ocupar funções diversas, temporária ou permanentemente, em caso de risco pessoal ou aos familiares, o de engajamento exclusivamente por voluntariedade, o de obtenção de outras vantagens funcionais etc.- e, especialmente, da introdução de causa de justificação especial ou escusa absolutória, para os casos em que se vislumbrar com anterioridade a hipótese de que o agente se veja obrigado ao cometimento de determinadas infrações).⁵⁰

Conclui-se da análise do jurista paulista, neste sentido, que a lei 10.217/2001, como a grande maioria das outras legislações, possui diversos aspectos positivos e negativos. Embora tenha sido promulgada com o intento de corrigir as imprecisões da lei 9.034/1995, a lei do séc. XXI demonstrou-se mais uma oportunidade perdida do que uma correção propriamente dita.

2.2.1.1 Proibição da coparticipação delituosa

Em seu projeto inicial, a lei 9.034/95, em seu art. 2º, inciso I, no tocante ao procedimento de investigação e formação de prova, possuía a seguinte disposição⁵¹: "a infiltração de agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer coparticipação delituosa, exceção feita ao artigo 288, do Decreto-lei 2.8948, de 07 de dezembro de 1940-Código Penal, de cuja ação se pré-exclui no caso a antijuricidade." No entanto, como ora retratado, haja vista não destacar a imprescindibilidade de autorização judicial para que a operação infiltrada fosse deflagrada, o referido inciso foi vetado pelo Presidente da República à época. Por outro lado, a versão original da referida lei mencionava, acertadamente, a desconsideração da responsabilidade penal do agente infiltrado relativamente à sua efetiva participação na organização criminosa investigada.

⁵⁰ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: Inovação da Lei 10.217/2001'. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, v. 1, n.1, p.145-146, jan./jun. 2001.

⁵¹ CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 01

É ao agente infiltrado, desta forma, assegurado de que o adentrar à organização criminosa investigada não constituiria um delito em si, vez que constitui pressuposto para o exercício da operação de investigação. A questão da responsabilidade penal do agente infiltrado, entretanto, encontra-se em um oceano de divergências doutrinárias.

No que concerne à responsabilidade penal do agente infiltrado, mormente em relação à coparticipação delituosa por ele eventualmente empregada, torna-se imprescindível, neste ponto, destacar que as atitudes do policial infiltrado serão regradas pelo princípio da proporcionalidade. A coparticipação delituosa por parte do infiltrado deve ser sopesada consoante o contexto em que o agente se encontra. Neste sentido, corroborando com o pensamento de que o princípio da proporcionalidade deve ser norte para as ações delituosas de que o agente infiltrado participe, Eduardo Araújo da Silva destaca:

A análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado pela investigação é o caminho a ser trilhado. Não se apresenta razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para a apuração de crimes praticados contra a flora e a fauna.⁵²

Destarte, o agente infiltrado estaria autorizado, em princípio, a participar de condutas delituosas que, diante do caso, se comprovassem inevitáveis ao sucesso da operação, quando e somente se, após aplicado o princípio da proporcionalidade, outro bem jurídico de maior importância não seja sacrificado.

Convém destacar, nesta senda, o pensamento do jurista Jayme José de Souza Filho⁵³, em sua análise da responsabilidade penal do agente infiltrado à luz da lei 9.034/95:

No caso de condutas ilícitas praticadas pelo agente infiltrado que não esteja em situações extremadas ou onde não haja nenhum conflito entre bens jurídicos tutelados, ficará evidenciado um desvio e/ou excesso na conduta, devendo o servidor assim ser responsabilizado no âmbito administrativo e judicial.

Posto assim a questão, é de se afirmar que, não obstante o agente infiltrado encontre-se em uma situação de extrema delicadeza - diariamente vendo-se compelido a não cometer nenhum ato que comprometa seu disfarce -, ele não possui um salvo conduto para delinquir, devendo ponderar, ante a ocasião em tela, os bens jurídicos em jogo.

⁵² SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

⁵³ SOUZA FILHO, Jayme José de. **Investigação Criminal à Luz da Lei 9.034/95**: A atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_07.pdf> Acesso em: 13 mar. 2015.

2.2.1.2 Pré-Exclusão da Antijuricidade do Art. 288, CP

Como retratado ao longo desta pesquisa, fica evidenciada a necessidade de que o agente infiltrado, para o sucesso da infiltração, deve conquistar a confiança dos integrantes da organização criminosa alvo da operação. Desta forma, o legislador deve moldar a legislação concernente à infiltração, de forma que o policial infiltrado tenha completa compreensão dos limites - ou, ao menos, uma ideia daquilo que lhe é autorizado e/ou proibido - de sua atuação dentro da operação.

Posta assim a questão, destacada a necessidade da confiança estabelecida entre o agente encoberto e a organização criminosa investigada, resta visível que seria um contrassenso responsabilizar penalmente o policial no que tange ao tipo penal disposto no art. 288, CP que, anteriormente à lei 12.850/2013, expunha o tipo penal "Quadrilha ou bando".

A lei 10.217/2001, ao discorrer acerca da infiltração de agentes, entretanto, não disciplinou a questão da responsabilidade penal do agente infiltrado, perdendo imensa oportunidade para auxiliar o saneamento de dúvidas a respeito do tema.⁵⁴ A par disso, entende-se, conforme as palavras de Marcelo Batlouni Mendroni, que há, de fato, no caso em tela, a pré-exclusão da antijuricidade no que tange ao art. 288, do Código Penal, vez que

havendo autorização para a infiltração do agente, o que significa integrar o bando, mas para fins de investigação criminal, que serve aos fins dos órgãos de persecução, ele não estaria na verdade integrando a organização criminosa, mas sim dissimulando a sua integração com a finalidade de coletar informações e melhor viabilizar o seu combate.⁵⁵

Para melhor elucidação do tema, vale, também, expor a explicação de José Lafaieti Barbosta Tourinho, acerca da pré-exclusão da antijuricidade da conduta tipificada no art. 288, do Código Penal:

Embora a conduta do agente seja típica (ao se associar em quatro ou mais pessoas para a prática de crimes, a ação estaria tipificada no art. 288 do Código Penal), não se apresentaria ela contrária ao ordenamento jurídico. Ao revés, convergiria com a vontade do legislador, plasmada no inciso V do art. 2º da Lei 9.034/95 (norma permissiva). Não seria razoável admitir-se uma 'infiltração' em associação criminosa sem que se permitisse ao agente dela fazer parte. Em uma tal situação, ou a norma proíbe (art. 288 do Código Penal) ou ela permite

⁵⁴ Note-se que no Projeto de Lei nº 3.516/1989 (em que a figura do agente infiltrado foi proposta pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro), em seu art. 2º, inciso I, da conduta delituosa tipificada no art. 288, do Código Penal, seria considerada pré-excluída, na infiltração de agentes, sua antijuricidade, menção que não foi reiterada na posterior Lei 10.217/2001.

⁵⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos** 4 legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

(art. 2º, inciso V, da Lei 9.034/95) a participação do agente na quadrilha ou bando.

56

Não obstante possa parecer uma questão de somenos, há a necessidade de se analisar o presente ponto, haja vista que se trata do passo inicial para a compreensão das outras facetas da responsabilidade penal do agente infiltrado em diferentes circunstâncias.

2.3 LEI Nº 11.343/2006

A Lei de Tóxicos, de nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, malgrado discorra acerca do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, possui disposições concernentes à infiltração de agentes - evidente que, neste caso, as operações englobadas pela lei são as relativas aos tipos penais elencados no corpo da referida lei -, prevendo a figura do agente infiltrado:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; [...](grifo nosso)⁵⁷

Digno de nota, na presente legislação especial, é o fato da existência da expressão "mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público [...]". Evidencia-se, aqui, portanto, uma tentativa de condicionar a instauração de uma operação de infiltração a uma prévia autorização das autoridades competentes - é verdade, entretanto, que a Lei de Tóxicos poderia, nos limites de sua competência, detalhar de forma mais minuciosa os requisitos para infiltração e de que maneira ela poderia, efetivamente, ser instaurada.

Novamente, como destacado anteriormente, a infiltração policial torna-se uma ferramenta a ser aplicada consoante os princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, visto que, até então, quando da aplicação da Lei 11.343/2006, não havia uma legislação específica que regulamentasse os pormenores da instauração e posterior atuação do agente

⁵⁶ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **A Infiltração de Agentes em Quadrilhas ou Bandos, Organizações ou Associações Criminosas**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, set. 2003., p. 6. Disponível em: <www.mp.pr.gov.br/eventos/teses/lafaieti.doc>. Acesso em: 14 mar. 2015.

⁵⁷ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>

infiltrado. Sobre o tema, discorre, acertadamente, Ana Candida Lamoia de Moraes, em artigo acerca da infiltração policial como ferramenta de combate ao crime organizado:

A lei nacional não disciplinou um procedimento probatório próprio para o processamento da infiltração policial, não tendo tampouco previsto quais os requisitos para seu deferimento, quem tem legitimidade para requerê-la, se o juiz pode determiná-la de ofício ou não, por quanto tempo pode perdurar, se é possível sua renovação, se as informações obtidas pelo policial devem ser relatadas ao juiz e como se dá a participação do Ministério Público após o deferimento da medida.

Apesar disso, e tendo em vista o princípio da liberdade probatória, não se pode afirmar ser impossível aplicar a infiltração no processo penal, haja vista que o seu emprego é permitido desde que se utilize como parâmetros legais os princípios da proporcionalidade e do devido processo legal.

Em meio a esse contexto, o princípio da proporcionalidade é a “pedra de toque” que possibilita a utilização da infiltração. (grifo nosso)⁵⁸

Conclui-se neste ponto, portanto, conforme aqui se expôs, a imprescindibilidade de que, para que a investigação policial sob a modalidade infiltrada não exceda os limites da legalidade, deve ela, sempre, tomar como fundamentais as regras extraídas dos princípios da proporcionalidade e do devido processo legal.

2.4 O DECRETO Nº 5.015/2004

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – ou “Convenção de Palermo” -, ocorrida em 15 de novembro de 2000, em Palermo - é considerada como o grande marco no que concerne à batalha sem fronteiras ao crime organizado. Como ora retratado, é a Convenção de Palermo o documento que visa estabelecer as diretrizes fundamentais e políticas a serem adotadas pelos 147 países que aderiram aos postulados de seu texto.

Além de constituir um símbolo do combate às organizações criminosas, a Convenção de Palermo também brindou as nações que lhe integraram aos respectivos ordenamentos pátrios com o conceito jurídico para a criminalidade organizada. Originalmente em inglês, seu art. 2º, a), assim dispõe:

Art. 2º. a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção,

⁵⁸ MORAES, Ana Candida Lamoia de. A Infiltração Policial como Técnica de Investigação no Combate ao Crime Organizado: Aspectos Jurídicos e Legais. **Direito Penal Virtual**, v. 8, n. 76, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/a-infiltracao-policial-como-tecnica-de-investigacao-no-combate-ao-crime-organizado-aspectos-juridicos-e-legais>> Acesso em: 15 mar. 2015.

com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; [...] ⁵⁹

Assim, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, tendo o Brasil como um de seus signatários, incorporou o texto da Convenção, em sua íntegra, por intermédio do Decreto de nº 5.015, de 12 de março de 2004, após o qual a referida norma passou a vigorar com força de lei ordinária.

É correta a presunção de que, ao promover uma definição jurídica do fenômeno da criminalidade organizada, a Convenção de Palermo deu passo acertado rumo à regulamentação internacional acerca do combate ao crime organizado transnacional. Entretanto, deve-se atentar ao fato de que a tradução da escrita em inglês para o português trouxe consigo alguns equívocos, vez que a criminalidade organizada, na versão em português, abarcou, também, crimes graves que não se encontram previstos no texto original. A questão é elucidada por Maria Jamile José, que, corretamente, destacou, em sua pesquisa, as imprecisões na tradução da definição do fenômeno das organizações criminosas, afirmando que

[...] enquanto a redação original determina que apenas será considerado crime organizado a ação do grupo de indivíduos que se dedicar a cometer crimes graves *constantes na Convenção* - ('*with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention*'), a tradução para o português erroneamente introduziu uma relação de alternatividade inexistente no dispositivo paradigma ("*com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves OU enunciados na presente Convenção*"). Como resultado, a 'versão brasileira' da Convenção de Palermo abrange na categoria 'criminalidade organizada', além dos crimes previstos na Convenção, também os crimes graves não previstos no documento - **uma ampliação de espectro que não encontra correspondência na versão original.** (grifo nosso)⁶⁰

Visível é, portanto, que, inobstante a Convenção de Palermo venha a ser o norte em nosso ordenamento jurídico no que tange ao combate à criminalidade organizada, a autoridade competente, quando da tradução do texto internacional, pecou em não se atentar às minúcias e aos significados da língua inglesa.

A par da inoperância do tradutor ao transmitir a letra da lei para o português, é imprescindível salientar que a Convenção não trouxe tipos legais previamente definidos; o

⁵⁹ Em seu texto original, em inglês, a Convenção de Palermo possui a redação a seguir: "Art. 2º. (a). '*Organized criminal group*' shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain a directly or indirectly, a financial or other material benefit."

⁶⁰ JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada.** 191 f. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 51-52.

que ela de fato fez foi definir as diretrizes para que cada um dos 147 Estados signatários, em seu ordenamento pátrio, legislasse sobre o tema, sempre em consonância com as "recomendações" da Convenção. Sobre este ponto em especial também discorre o ilustre jurista Flávio Cardoso Pereira, frisando o fato de que a Convenção de Palermo, no tocante às técnicas especiais de investigação, "autoriza" o uso operações de infiltração como meio de combate ao crime organizado, devendo o direito interno dos Estados regulamentar o tema e seus respectivos procedimentos.⁶¹

Quanto ao aspecto técnico da Convenção de Palermo, vale ressaltar alguns aspectos acerca do conceito da criminalidade organizada disposto no corpo do texto, conforme bem expõe - novamente - Maria Jamile José:

[...] pode-se afirmar serem elementos essenciais do conceito de crime organizado oferecido pela Convenção de Palermo: i) o número mínimo de integrantes (três ou mais pessoas); ii) permanência no tempo; iii) a atuação de forma combinada; iv) o cometimento de infrações graves previstas especificamente na própria Convenção; v) atuação com o objetivo de obtenção, de maneira direta ou indireta, de vantagem financeira ou material.⁶²

Ainda que tenha ocorrido a incorporação da Convenção de Palermo ao ordenamento jurídico brasileiro, cuja consequência jurídica de maior magnitude foi a definição jurídica de organização criminosa, a doutrina predominante entendeu não ser o novo conceito de organização criminosa um tipo penal propriamente dito.⁶³

Conclui-se, portanto, que, embora tenha constituído o grande símbolo normativo - de caráter internacional, frise-se - no que diz respeito à (constante) batalha contra o crime organizado transnacional (conceituando, pela primeira vez, de forma definitiva, a figura da criminalidade em sua modalidade organizada), a definição acima retratada não pode ser

⁶¹ Assim assevera o promotor do Estado de Goiás: "*Respecto a la citada Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado (...) el texto se limita a regular la posibilidad de la criminalidad organizada, pero no se establece ninguna condición material sobre cómo o con qué requisitos pueden llevarse a cabo, algo que se deja a los Derechos internos de los Estados.*" (PEREIRA, Flávio Cardoso. **El agente infiltrado desde el punto de vista del Garantismo Procesal Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 330).

⁶² JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 2010. 191 f. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 52.

⁶³ Acerca da impossibilidade de se utilizar do conceito de organização criminosa trazido pela Convenção de Palermo como tipo penal, assim ilustra o Luiz Flávio Gomes: "*os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o ius puniendi internacional, que pertence a organismos internacionais - TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o ius puniendi do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar ex novo.*" (GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. maio 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print>)

invocada a título de tipo penal, vez que o legislativo brasileiro deve, imprescindivelmente, regulamentar o tema para, então, aplicar a norma ao Direito Penal Nacional. Desta forma, a lacuna legislativa no ordenamento pátrio manteve-se inerte - agora com um norte a ser seguido, é verdade - até a promulgação da Lei 12.850, que viria a ser sancionada em 02 de agosto de 2013.

2.5 A NOVA LEI 12.850/2013

O legislador brasileiro, em 2012, em uma tentativa de reparar as inconsistências das leis promulgadas até então - evidentemente, no que concerne à questão das organizações criminosas -, promulgou a lei 12.694/2012, que trouxe a primeira definição de organização criminosa no ordenamento brasileiro, preenchendo, no momento, a lacuna conceitual até então presente.

Consoante se extrai da letra da referida lei, a organização criminosa seria definida, segundo seu art. 2º, da seguinte forma:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.⁶⁴

A lei supra foi promulgada - reafirmando a aplicação da lei 9.034/1995 -, em verdade, com vistas a uma maior tecnicidade do que um enfoque à definição de organização criminosa e seus assuntos correlatos, vez que sua maior novidade foi a de conceder a

[...] faculdade do Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau (como o Conselho de Sentença – no Júri, ou o Conselho de Justiça – na Justiça Militar) para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas (com aquela definição), especialmente para a decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, para a concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, para a prolação da sentença e, inclusive, para incidentes do processo de execução penal [...] ⁶⁵

⁶⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**: Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm>

⁶⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei de organização criminosa** - Lei n. 12.850/2013. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

No ano seguinte, sobreveio a Nova Lei de Organizações Criminosas, que dispõe acerca da organização criminosa e das técnicas especiais de investigação, título deste tópico, foi promulgada na data de 02 de agosto de 2013, revogando expressamente a Lei 9.034/1995, cuja ementa possui o texto que segue:

Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.⁶⁶

Em uma primeira análise, evidencia-se a preocupação do legislador em sanar os problemas relacionados à lacuna legislativa - no ordenamento pátrio - no que tange ao conceito de organização criminosa, bem como os aspectos relativos às técnicas de investigação, que há tanto vinha preocupando o aplicador do direito.

Outra notável alteração ocorreu dentro do próprio Código Penal Brasileiro, vez que a Lei 12.850/2013 revogou o disposto no *caput* do art. 288, mudando o tipo penal "Quadrilha ou bando" para o crime de "Associação criminosa". Assim dispõe o art. 1, § 1º, da nova lei:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (grifo nosso)

Assim, "organizando" a confusão que antes se instaurava no ordenamento brasileiro, a nova lei vem distinguir "organização criminosa" e "associação criminosa", sanando a equiparação das figuras pretéritas que antes se instaurava, também acabando com a dúvida sobre a quantidade de indivíduos necessária à constituição de uma associação criminosa. Sobre o assunto, aponta o gaúcho Cezar Roberto Bittencourt:

Sua alteração mais significativa foi, na verdade, a redução dos seus componentes para apenas três ou mais. O grande ganho foi, acima de tudo, a distinção precisa entre organização criminosa e associação criminosa, impedindo-se, de uma vez por todas, a condenável confusão intencional que se fazia sobre os dois institutos.⁶⁷

⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>

⁶⁷ BITTENCOURT, C. R. Participação em organização criminosa: uma leitura dogmática. **Revista Caderno de Relações Internacionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 94, jan./jun. 2014

Assim, de forma a distinguir as duas figuras de forma mais precisa - associação criminosa e organização criminosa -, cabe afirmar que "uma coisa é *organizar-se* em *associação* - organização criminosa, outra, completamente diferente, é *reunir-se*, posteriormente, para a prática de determinado crime - em nome e por conta da *organização criminosa*. Esta segunda ação - a prática de determinado crime - não depende, necessariamente, daquela primeira (organização criminosa)."⁶⁸

Desta forma, resta evidente que quando um grupo de indivíduos integra a organização criminosa, em si mesma, o tipo penal de organização criminosa já está plenamente constituído. Do contrário, da *associação* de dados indivíduos para o fim de cometer outros crimes, serão responsabilizados somente aqueles que de fato cometerem outros delitos.

Por fim, urge ressaltar que, ao contrário da menção expressa da revogação da Lei 9.034/1995, nada consta na lei promulgada em 2013 acerca da definição de organização criminosa disposta na lei 12.684/2012. Diante da existência de duas correntes doutrinárias - a primeira, em que se entende pela revogação tácita do conceito trazido pela lei 12.684/2012; e a outra, em que compreende-se vigente a lei de 2012 em sua integralidade -, este trabalho opta por seguir, novamente, a opinião de Cezar Roberto Bittencourt, que, acertadamente, afirma ser a existência de dois conceitos de organização criminosa uma "grave ameaça à segurança jurídica, além de uma discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com um Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas."⁶⁹

2.5.1 Art. 10, Seção III: da infiltração de agentes

A Lei 12.850, de 2013, prevê, em seu art. 3º, em qualquer fase da persecução penal, alguns meios de obtenção de provas especiais, dentre eles, a infiltração policial:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
[...] VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

⁶⁸ BITTENCOURT, C. R. Participação em organização criminosa: uma leitura dogmática. **Revista Caderno de Relações Internacionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 109-110, jan./jun. 2014

⁶⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa** - anotações à Lei 12.850/2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbittencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>> Acesso em: 16 mar. 2015.

Destaca-se, portanto, que o diferencial da Nova Lei do Crime Organizado foi, além de também prever a figura do agente infiltrado, regulamentar como dar-se-ia a operação de infiltração em suas minúcias, estabelecendo requisitos legais para que a infiltração esteja dentro dos ditames jurídicos.

Como exposto no começo deste trabalho, assim seguem arts. 10 e 11 da referida lei, determinando os requisitos legais da infiltração policial:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

De acordo com o disposto no *caput* do art. 10, a infiltração deverá ser solicitada por representação do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público. Ainda, quando da representação, solicitada no curso do inquérito policial, deverá o delegado de polícia se manifestar acerca da viabilidade técnica da infiltração policial.

Em seguida, a legislação reproduz, em consonância com as legislações pretéritas, a imprescindibilidade de autorização judicial - circunstanciada, motivada e sigilosa -, para que a infiltração policial seja deflagrada. Outrossim, terá a operação infiltrada o prazo inicial de 06 (seis) meses, podendo este ser prolongado, caso o agente infiltrado apresente relatório à autoridade competente, comprovando a necessidade de prorrogação do prazo. Destaque também à necessidade, expressa ao final do art. 10, de que o requerimento do Ministério Público ou a representação do Delegado de Polícia contenha o alcance das tarefas dos agentes, vez que, desta forma, o juiz poderá estabelecer os limites da atuação do agente infiltrado.

No que tocante à responsabilidade penal do agente infiltrado - cerne desta pesquisa -, vale expor o que dispõe o art. 13 da lei ora analisada:

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.
 Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa⁷⁰ (grifo nosso).

Cabe repisar, neste ponto, como anteriormente retratado - e defendido -, que a conduta do agente infiltrado, quando em uma situação em que torna-se inevitável o cometimento de um delito, deve ser pautada tendo em vista o Princípio da Proporcionalidade Constitucional. Quanto ao presente ponto, evidencia-se, após uma breve análise do art. 13 acima mencionado, que a Lei 12.850/2013 mantém o referido princípio como caminho a ser seguido pelo agente infiltrado. Entretanto, em viés contrário ao que afirmava a doutrina anteriormente, o legislador optou por considerar o delito perpetrado pelo infiltrado - às vistas de não comprometer a operação -, como causa excludente de culpabilidade. Sobre a inclusão da menção "quando inexigível conduta diversa", discorre Ricardo Antonio Andreucci:

Curioso notar, entretanto, que a nova lei, a par de se alinhar ao Princípio da Proporcionalidade Constitucional no "caput" do art. 13, estabelece, no parágrafo único, que "não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa", estabelecendo expressamente causa excludente de culpabilidade, consistente na inexigibilidade de conduta diversa (conforme o Direito), a acobertar eventuais ilicitudes praticadas pelo infiltrado, isentando-o de responsabilidade. Essa não nos pareceu a melhor solução, até porque coloca o agente infiltrado em delicadíssima posição de ter que avaliar, muitas vezes em situação concreta de perigo durante o desenrolar da infiltração, a inexigibilidade de conduta diversa em sua atuação, a qual será posteriormente reavaliada e até mesmo rechaçada pelas autoridades, acarretando-lhe a eventual responsabilização pelos 'excessos praticados'.⁷¹

Parece-nos, em uma primeira análise, correta a colocação do ilustre Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo. O que de fato se extrai do presente apontamento é o fato de que o único filtro do qual se utiliza a lei 12.850/2013 - o critério da proporcionalidade - acaba por se demonstrar insuficiente, se considerado como o único critério a ser observado no que toca a responsabilidade penal do agente infiltrado. Assim, ocorre que, embora tenha o legislador realizado algum esforço - ainda que preguiçoso - para regular a responsabilidade penal do agente infiltrado quando este comete ou participa de um

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>

⁷¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Infiltração policial: possibilidade. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, set. 2013.

delito, o princípio da proporcionalidade é por demais abrangente para que seja o único critério a delimitar as situações em que aquele seria responsabilizado penalmente.

Destarte, a par da Lei 12.850/2013 estar suscetível a críticas, sob diversos aspectos - tendo a crer que toda e qualquer legislação, haja vista serem tecidas sob a ótica humana, jamais blindada contra qualquer tipo de erro em seu raciocínio-lógico -, resta claro que houve imensos avanços se posta em comparação com as leis que a antecederam. O mero fato de ter introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, um coerente conceito de organização criminosa, diferenciando-o do tipo penal "associação criminosa", já é motivo para suspiros aliviados. Razão para se comemorar, do mesmo modo, é o fato de ter sido - mesmo com atrasos - regulada a o modo de como a operação da infiltração policial deve ser conduzida, não sendo mais deixado à mercê da interpretação do aplicador da lei.

3 A DISCUSSÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

Como retratado ao longo desta pesquisa, é evidente o caráter de instrumento extraordinário que possui o agente infiltrado. Dadas as dificuldades existentes no combate às organizações criminosas, o Estado, com o intuito de assegurar a segurança de sua sociedade, encontrou-se diante de um dilema do qual não pode escapar: de um lado, descobrir novas formas de combater a criminalidade organizada, sem romper as barreiras éticas e morais para atingir seu objetivo (uma tarefa visivelmente mais difícil, portanto); do outro, aderir a meios que interferem substancialmente na liberdade de seus próprios cidadãos, com o fim de dismantelar um mal existente na sociedade que protege. Evidentemente, o Estado de Direito optou pela segunda via.

Neste ponto, torna-se crucial compreender que o próprio Estado autoriza que seus representantes, por intermédio da infiltração de agentes, cometam delitos, sem que, a priori, sejam por eles responsabilizados. Compreende-se, portanto, o espinhoso desafio frente ao qual se encontram as autoridades estatais. Sobre a anuência do Estado ao sopesamento de direitos fundamentais, assim destaca, novamente, Flávio Cardoso Pereira:

[...] o agente encoberto merece uma qualificação de 'meio de controle extraordinário' ao acarretar uma alteração de princípios constitucionais básicos e um forte 'ataque' a determinados direitos fundamentais, razões ambas determinantes de que seu emprego seja submetido ao cumprimento de estritos requisitos legais, paliativos dos riscos para as garantias processuais vigentes em um Estado de Direito. (tradução nossa)⁷²

Em que pese o reconhecimento por parte do referido autor da opção do Estado de optar por certos direitos fundamentais quando do uso do agente infiltrado, o jurista ressalta, em seguida, que

Não se deve, em todo caso, esquecer que técnica de investigação através do uso de agentes infiltrados é atualmente um instrumento imprescindível na luta contra as novas e complexas formas de delinquência transnacional, mas deverá ser utilizada como medida excepcional e obedecendo aos postulados de um processo penal garantista.⁷³

É claro, assim, que a figura do agente infiltrado, inobstante seja - inevitavelmente - um instituto notavelmente polêmico, trata-se, doutro lado, um instrumento necessário ao combate

⁷² PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado Desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p.382-383.

⁷³ *Ibid.*, p.383.

da criminalidade organizada, vez que a utilização das técnicas policiais ordinárias cada vez mais demonstram-se, infelizmente, defasadas.

Desta feita, realizada uma breve análise sobre o que representa (ao Estado e à sociedade) o uso da infiltração de agentes, é imprescindível tecer detalhadas observações acerca de sua eventual responsabilidade penal, haja vista que o agente infiltrado, para o sucesso de sua operação, deverá, inevitavelmente, ao longo dela, cometer delitos, fato este merecedor da mais minuciosa análise por parte dos operadores do direito.

3.1 LIMITES PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO DE FORMA IGUALITÁRIA

Para que seja possível a infiltração de um agente policial em uma organização criminosa, é evidente que ele terá que ser considerado, por seus integrantes, como um verdadeiro membro. Desta forma, soaria como uma aberração jurídica responsabilizar penalmente o agente pelo crime de organização criminosa, porquanto "sentido algum haveria em imputar a prática dos referidos crimes se é a própria lei que permite ao policial atuar em tais grupo, agindo, portanto, no exercício regular de um direito [...]”⁷⁴ Uma vez que a infiltração de agentes, consoante a Lei 12.850/2013, está condicionada à autorização judicial, vide o art. 10 da referida lei.

Outrossim, cabe destacar que, uma vez infiltrado, o agente policial poderá ver-se compelido a cometer delitos para que a infiltração possa subsistir. Assim, seguindo a presente linha de raciocínio, é razoável constatar que os delitos necessários à continuidade da operação de infiltração ocorrerão em concurso com os membros da organização criminosa investigada. Eventuais delitos cometidos individualmente pelo agente infiltrado, desta forma, serão analisados fora do seio da operação policial, sendo o agente, neste caso, imputado normalmente pelo crime cometido.

Muitos foram os entendimentos acerca de como deveria ser analisada a responsabilidade penal do agente infiltrado quando do cometimento de delitos dentro do seio da organização criminosa. No entanto, sempre foi consenso, entre a doutrina, que o agente infiltrado deveria pautar suas ações no princípio da proporcionalidade, como comentado ao longo desta pesquisa, respeitando os direitos fundamentais das pessoas, mormente as que

⁷⁴ PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: Juruá, 2007, p. 130-131

estão sendo investigadas. Sobre o tema, discorre, novamente, Flávio Cardoso Pereira, ao afirmar que

[...] como servidor público tem o infiltrado a obrigação de respeito com a vida, honra, bens e demais direitos fundamentais das pessoas, razão pela qual esses direitos não são comerciáveis, a menos que por razão da investigação e para garantir seu êxito se contará com a participação e consentimento da pessoa titular do direito, que estava disposta a sacrificá-lo, nos casos em que se passa haver disposição sobre o mesmo (tradução nossa).⁷⁵

Compreende-se, assim, que, em um primeiro momento, o agente policial infiltrado pautar-se-á no princípio da proporcionalidade constitucional para mensurar a possibilidade do cometimento de um delito. É neste ponto em que, usualmente, a doutrina manteve-se na análise da responsabilidade penal do agente infiltrado. Entretanto, é necessário ultrapassar esse ponto da discussão: é um equívoco, ao nosso ver, argumentar que o princípio da proporcionalidade - ou outra tese que abranja todas as situações pelas quais passa o agente -, somente, seja suficiente para uma estreita análise de um crime cometido pelo policial infiltrado.

É neste ponto, portanto, em que se traz a proposta de um desmembramento em relação às diferentes situações possíveis de serem vivenciadas pelo agente infiltrado, haja vista que um tratamento de caráter geral, visando englobar todas as hipóteses de delitos cometidos por um policial infiltrado, demonstra-se equivocada, como será analisado ao longa desta pesquisa.

3.1.1 Teses pela atipicidade

É certo, no estudo da responsabilidade penal do agente infiltrado, que seria um contrassenso responsabilizá-lo pela mera adentrada ao grupo criminal organizado, enquadrando-o no tipo penal relativo à organização criminosa. Dessa forma, realiza-se uma análise em um momento *a posteriori* da entrada do agente infiltrado no grupo investigado.

Neste ponto, parte da doutrina entende que as condutas delituosas cometidas pelo policial infiltrados, para que não sejam punidas pelo Direito Penal, devem ser caracterizadas como atípicas. Em outras palavras, os delitos cometidos pelo agente infiltrado, no decorrer da investigação - resguardado o princípio da proporcionalidade -, não possuiriam uma pretensão conceitual de relevância para o sistema penal, seja por de pretensão de ilicitude, seja porque a conduta do agente infiltrado consistiu numa atividade de risco juridicamente permitida.

⁷⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado Desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. 411 p.

Ainda, para que a conduta seja caracterizada do agente seja destituída de tipicidade penal, não deve ela ser passível de ser lesiva ao ponto de justificar uma intervenção pela seara penal.

Acerca da tipicidade e seu conteúdo, destacam-se as lições de Paulo César Busato, ao afirmar que

[...] a afirmação da pretensão de relevância se encontra vinculada à concorrência de um tipo de ação que possui uma dimensão, digamos, formal (pretensão conceitual de relevância ou tipicidade formal), e outra material (antijuricidade ou tipicidade material - violação de um bem jurídico). É uma pretensão que tem por objeto afirmar que a ação realizada é uma das que interessam ao Direito Penal.⁷⁶

Dessa forma, compreende-se que as teses que defendem a atipicidade da conduta - em princípio típica - do agente infiltrado afirma não ser, em suma, relevante para o Direito Penal, uma vez que encontra-se fora do crivo do sistema punitivo da referida área do direito.

3.1.1.1 Atipicidade formal e/ou conglobante

Como se afirmou anteriormente, para que uma conduta seja considerada típica aos olhos do Direito Penal, é necessário que ela possua uma pretensão conceitual de relevância, devendo, concomitantemente, violar um bem jurídico protegido pelo âmbito penal.

Neste ponto, será analisada a defesa da parte da doutrina que defende a conduta do agente infiltrado, quando da análise de sua responsabilidade criminal, como atípica sob o seu prisma formal.

Primeiramente, realiza-se uma na análise da responsabilidade penal do agente infiltrado quando de sua entrada na organização criminosa investigada. É evidente, neste momento, que a mera entrada no grupo criminoso - segundo a definição de organização criminosa empregada pela Lei 12.850/2013, em seu art. 1º, §1º, - já seria uma conduta típica, podendo ser penalmente reprimida. Entretanto, como ressaltado alhures, seria um contrassenso responsabilizar penalmente o agente infiltrado pelo cumprimento de seu dever, vez que a entrada no seio da organização criminosa é imprescindível para uma investigação mais criteriosa. Com este entendimento, afirma Eduardo Silva de Araújo, em contexto anterior à Lei 12.850/2013, porém com os mesmos fundamentos:

Nesse sentido, apesar da ausência de expressa previsão de causa excludente de antijuridicidade ou ilicitude, não haverá na conduta do policial infiltrado tipicidade em relação às condutas de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código

⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 347-348.

Penal) e de associação para fins de praticar os crimes previstos nos arts. 12 e 13 da Lei nº 6.368/76 (art. 14 da mesma Lei)[2], em razão da falta da vontade livre e consciente para a prática desses crimes. Ademais, ainda que assim não se considere, o policial atua no estrito cumprimento de dever legal (art. 23, inciso III, do Código Penal).⁷⁷

Passa-se, assim, à análise dos atos praticados pelo agente infiltrado uma vez já inserido na organização criminosa. Neste ponto, a exclusão da tipicidade funda-se no argumento de que esta não se exaure na verificação do fato objetivamente considerado, ou seja, no exame da tipicidade formal. Assim, exige-se um critério material de seleção do bem jurídico protegido, caracterizando, pois, a tipicidade material. A mera tipicidade formal - ou legal - caracterizaria somente a subsunção do fato à norma penal. No entanto, compreende-se que, para a incidência do Direito Penal, não seria suficiente apenas a mera conformidade da conduta com a norma legal proibitiva, sendo necessário, ainda, uma análise sistemática, concentrando e sintetizando, de maneira conglobada.

É necessário, então, destacar que a tipicidade conglobante seria, desta forma, um juízo de tipicidade realizado paralelamente à tipicidade legal, determinando, assim, o fato típico. Em relação a presente análise, assim destaca André Estefam:

Por meio da tipicidade conglobante (análise conglobada do fato com todas as normas jurídicas, inclusive extrapenais), situações consideradas tradicionalmente como típicas, mas enquadráveis nas excludentes de ilicitude (exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de um dever legal), passariam a ser tratadas como atípicas, pela falta de tipicidade conglobante [...] (grifo nosso)⁷⁸

A tipicidade formal, como sabemos, é o ajuste entre o fato e a norma, já a tipicidade material está diretamente ligada a relevância da lesão ou do perigo de lesão que a conduta do agente causou. Por último, a antinormatividade que são atos não amparados por uma causa de justificação ou incentivados por lei.

Dentro dessa teoria acerca da tipicidade, a tipicidade penal constituiria a conjugação da tipicidade formal e da tipicidade conglobante, que por sua vez seria constituída de tipicidade material e antinormatividade, conforme teorizado por Eugenio Raúl Zaffaroni⁷⁹ - ou seja, uma conduta que acaba por violar o ordenamento jurídico como um todo.

Assim, verifica-se que os adeptos do afastamento da responsabilidade penal do agente infiltrado com fundamento na atipicidade conglobante, consideram o ato, em si, típico. Entretanto, entendem que a conduta, embora formalmente típica, encontra-se fomentada e/ou

⁷⁷ SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**: Procedimento Probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 89.

⁷⁸ ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 195.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1, p. 391

imposta pela autorização judicial que precede a investigação infiltrada, fundamentando-se, comumente, nas hipóteses de estrito cumprimento de dever legal e do exercício regular de direito. Exemplificando a presente linha de pensamento de forma evidentemente clara, Igor Kozlowski afirma que

[...] no momento em que o Poder Judiciário expede uma autorização, o ordenamento jurídico passa a coadunar-se com a prática daquelas condutas, de modo que não podem ser consideradas contrárias ao Direito. Nesta linha, à luz da clássica doutrina, teríamos a presença de uma causa de justificação, denominada *estrito cumprimento do dever legal*.⁸⁰

A atipicidade conglobante, segundo a teoria apresentada por Zaffaroni, consideraria a conduta do agente infiltrado formalmente típica. Entretanto, o ato careceria de um dos elementos "conglobados" pela tipicidade conglobante, quais seja, a tipicidade material ou a antinormatividade.

Inobstante as argumentações apresentadas por aqueles que adotam a atipicidade conglobante como fundamento para a análise da responsabilidade penal dos agentes infiltrados, há, igualmente, críticas à linha de pensamento apresentada. Um dos principais argumentos que a confrontam assenta-se na irrazoabilidade da existência de um permissivo legal para a prática de infrações por parte do agente encoberto, não sendo correto admitir que se trate de norma que se harmoniza com as imposições do direito objetivo.

3.1.1.1.1 Atipicidade material

Ainda na seara das teses que defendem a atipicidade dos delitos cometidos por agentes encobertos, aqui se destaca a linha que defende, em sequência à teoria conglobante analisada no item anterior, a atipicidade material da conduta.

Conforme ora demonstrado, para que uma conduta seja formalmente típica, deve-se evidenciar a subsunção entre a conduta praticada pelo agente no mundo real e o modelo descrito pelo tipo penal. Aqui enquadra-se a questão da tipicidade (ou atipicidade) conglobante. Todavia, "não basta, para a relevância de um tipo de ação, sua correspondência descritiva a um modelo. É necessário, ainda, que a ação guarde uma dimensão material e não só conceitual de relevância."⁸¹

⁸⁰ KOZLOWSKI, Igor. **Infiltração de Agentes Policiais vs. Princípios Ordenadores do Estado Democrático de Direito**: Breves Considerações. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, jul. 2007. f.1-2. Disponível em: (http://www.ibccrm.org.br/_www.ibccrm.org.br/_site/artigos/_imprime.php?jur_id=9513).

⁸¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 347.

Portanto, para que uma ação seja materialmente típica, é imprescindível que haja uma verdadeira lesão ao bem jurídico protegido pelo sistema punitivo, justificando sua incidência. Trata-se, pois, da existência de uma pretensão de ofensividade (sendo, então, a pretensão de relevância se completando com o conteúdo da ação que se demonstra relevante frente ao Direito Penal), ou seja, uma ação que promove uma lesão a um bem jurídico tutelado pelo sistema penal⁸².

Assim, a conduta do agente encoberto, para que fosse considerada materialmente atípica, caracterizar-se-ia pela ausência de ofensividade perante o Direito Penal, de forma que não se justificaria sua análise pelo sistema punitivo.

Quanto ao entendimento pelo qual a responsabilidade do agente deve ser afastada por ausência de tipicidade conglobante em razão do elemento antinormatividade, conclui-se que essa compreensão não merece maiores considerações, tendo em vista que

No âmbito da infiltração policial não há qualquer norma que imponha ou fomenta a prática de delitos. O instituto, enquanto instrumento extraordinário dos órgãos de persecução criminal, visa, em última análise, à obtenção de provas das práticas das organizações criminosas e da sua autoria.⁸³

Diante do exposto, frisa-se que não merece prosperar a tese da atipicidade conglobante, seja pela ausência tipicidade material, seja pela questão da antinormatividade. É um equívoco afirmar que a autorização judicial que precede a execução da investigação infiltrada possa ser comparada a uma autorização ou fomento à prática de infrações pelo agente encoberto, não havendo base sólida para suscitar ausência de antinormatividade.

Por fim, também não há razão para defender a tese de que o delito perpetrado pelo agente carece de tipicidade material, vez que a conduta enquadra-se na norma penal. O bem jurídico tutelado é, sem dúvidas, ofendido por eventual delito cometido pelo policial infiltrado. A diferença, no presente caso, ocorre em virtude tão somente do caráter do autor/partícipe do crime, o próprio agente infiltrado, que apresenta peculiaridades inerentes a sua figura - características essas que acarretam uma análise distinta dos delitos por ele cometidos.

⁸² VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 484.

⁸³ MORAES, Henrique Viana Bandeira. Responsabilidade penal dos agentes infiltrados. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23300>>.

3.1.2 Teses pela Justificação

Destacou-se, até o momento, a análise da responsabilidade do agente infiltrado sob a perspectiva de uma ação ou omissão que fosse relevante ao direito penal em virtude de sua ofensa a um bem jurídico específico, de modo que ensejasse a proteção do Direito Penal.

Neste ponto, adentra-se ainda mais no âmbito da atuação do Direito Penal em relação a uma determinada ação ou omissão. Isto, pois, além da necessidade de uma ação típica que ofenda um bem jurídico protegido, deve tratar-se de ação ou omissão que ocorra em circunstâncias normais.

Não obstante seja uma afirmação óbvia, este trabalho não analisa uma situação sob circunstâncias normais - ora, esta a se observar a responsabilidade penal de um agente policial durante uma operação de investigação infiltrada. Assim, destaca-se, aqui, a parcela da doutrina que visualiza a responsabilidade penal do agente infiltrado através da justificação no Direito Penal, delito este que estaria enquadrado por uma das formas de permissões previstas no Código Penal Brasileiro. Sobre as situações englobadas pelas permissões, assim afirma Paulo César Busato:

Há situações excepcionais, cujas circunstâncias são capazes de determinar uma justificativa adequada para a conduta típica, de modo a afastar a incriminação porque, diante da situação concreta, não resulta justo que a norma pretenda afirmar sua pretensão de ilicitude.⁸⁴

Analisa-se, portanto, a existência de uma razão que justifique a exclusão da antijuridicidade ou ilicitude do delito perpetrado. Consoante assevera Busato, o "esquema mais adequado para a solução das hipóteses de permissão da prática de um tipo de ação ou omissão, doloso ou imprudente, é, sem dúvidas, a divisão das permissões fortes e fracas [...]"⁸⁵

As permissões fortes encontram-se revestidas de previsão legal, possuindo uma descrição expressa das situações, ensejando, assim, que os fatos em questão não são ilícitos ou jurídicos. São estas, assim, as causas legais de justificação, que serão analisadas como justificantes do crime realizado pelo agente infiltrado.

⁸⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 460.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 461.

Na seara das causas legais de justificação incide de modo demasiadamente forte (por isto, permissões fortes), retirando completamente o caráter ilícito do ato. O Código Penal prevê as situações as causas legais de justificação em seu art. 23:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.⁸⁶

Parte da doutrina adota a tese da justificação para nela incluir os crimes cometidos pelos agentes infiltrados, comumente pautando-se nas hipóteses previstas no art. 23, inciso III, do código penal: no estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Argumento largamente utilizado assenta-se no fato de que o a operação de infiltração só está autorizada a ocorrer a partir do momento em que se expede uma autorização judicial, requisito para seu início.

Os adeptos da tese apresentada neste tópico ressaltam que o exercício regular do direito estaria evidenciado na medida em que o agente infiltrado não estaria apto a ser punido pela entrada à organização criminosa. Paralelamente, na hipótese do agente cometer um delito - como autor ou partícipe -, tratar-se-ia, então, de caso de estrito cumprimento de dever legal.

O argumento preponderante que ressalta o estrito cumprimento do dever legal está pautado, principalmente, na questão da autorização judicial que autoriza a operação de infiltração, que acaba por ser convertida em uma cláusula geral de exclusão de antijuricidade.

Deste modo, diferentemente dos adeptos da atipicidade da conduta do agente infiltrado, aqui aceita-se a tipicidade do delito cometido pelo agente, retirando-se, assim, o caráter ilícito da conduta. Há consenso, também, acerca da proporcionalidade do ato que deve ser justificar a atitude tomada pelo policial infiltrado.

Cesar Roberto Bittencourt aduz que a justificação do crime (neste caso, cometido pelo agente), na forma do estrito cumprimento legal, deve observar dois requisitos: "a) estrito cumprimento – somente as condutas extremamente imprescindíveis justificam o

⁸⁶ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>

comportamento adotado pelo agente; b) de dever legal – o dever, necessariamente, deve decorrer da lei."⁸⁷

A conduta criminal perpetrada, frise-se, deve guardar estrita relação com a investigação realizada; na hipótese de se tratar de delito cometido sem qualquer vínculo com a operação de infiltração, o agente infiltrado será julgado criminalmente pelos seus atos, vez que estes saíam da esfera de investigação.

Outro ponto argumentado em favor da exclusão da ilicitude e/ou antijuricidade toca o fato de que o agente infiltrado não está, na verdade, integrando a organização do fato, tratando-se tão somente de uma simulação com o fito de angariar informações. Assim destaca o festejado autor M. B. Mendroni:

[...] a exclusão da antijuridicidade é evidente pois havendo autorização para a infiltração do agente, que significa integrar o bando criminal, mas para fins de investigação, ele não estaria em verdade integrando a organização criminal, mas sim dissimulando sua integração com a finalidade de buscar informações e melhor viabilizar seu combate.⁸⁸

Essa vertente admite, então, que o agente infiltrado está, assim, cumprindo um dever - estabelecido pela lei, atuando no sentido de seu estrito cumprimento, determinado previamente pela autoridade competente. O dever legal, neste caso, caracteriza-se pelo dever de investigar e descobrir as atividades ilícitas cometidas pela organização criminosa, bem como demais informações vinculadas a mesma.

Em outras palavras, a lei define que trata-se de um meio extraordinário de investigação cujo objetivo é, justamente, utilizar-se de suas especificidades para atingir o objetivo de dismantlar a organização criminosa. O agente infiltrado, dessa forma, encontrando-se em uma situação na qual é compelido a cometer um delito (de modo a manter intacta sua imagem perante os integrantes da organização), e cometendo-o, não faz nada mais do que o cumprimento daquilo que a lei estabeleceu como sua função: simular uma situação de integração à organização criminosa - e, para mantê-la, necessário será o cometimento de delitos, pautando-se nos princípios da proporcionalidade e necessidade.

Operando dentro dos parâmetros estabelecidos pela autorização judicial que autorizou a operação, o agente infiltrado estaria, então, "atuando em estrito cumprimento de um dever legal de encontrar a verdade [...], representando o Estado na luta contra a criminalidade,

⁸⁷ BITENCOURT; Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.322.

⁸⁸ MENDRONI, M. B. **Crime Organizado**: Aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo, 2007. p. 54-55

resultaria justificada sua atuação com fundamento na causa de exclusão da responsabilidade penal denominada 'estrito cumprimento de um dever legal.' "(tradução nossa)⁸⁹

Verifica-se, portanto, que a doutrina aderente da tese da causa de justificação do ato cometido pelo agente infiltrado, resultando na exclusão de sua antijuridicidade/ilicitude, pauta-se no argumento do cumprimento da lei que determina a razão de ser do agente infiltrado.

A partir do momento em que se legisla no sentido de permitir que seja conferido a um agente policial a função de simular uma entrada em uma organização criminosa, devendo o mesmo se utilizar de todos os meios - com a ressalva de que deve sempre respeitar os princípios da proporcionalidade e necessidade - para dismantelar a organização e descobrir os atos ilícitos que a mesma comete, pressupõe-se a eventual necessidade de cometimento de delitos, de forma que estariam abarcados pelo estrito cumprimento da lei.

É necessário, por fim, destacar que os pesquisadores que dissertam em favor da presente posição sempre frisam a necessidade de que os atos do agente infiltrado devem guardar estreita relação com a investigação, guardando sempre proporcionalidade e respeito à legalidade e direitos fundamentais dos investigados.

3.1.3 Teses pela Exculpação e Escusas Absolutórias

Neste ponto, a análise da responsabilidade penal do agente infiltrado migra para a esfera da exculpação, também podendo ser analisada sob o prisma das permissões fracas no Direito Penal.

As permissões fracas, ao contrário das permissões fortes, não possuem a pretensão de caracterizar uma regra geral para o caso em que são, eventualmente, aplicadas. Nos casos em que incidem as permissões fracas, a situação em questão é de tal peculiaridade - de caráter emergencial - que a responsabilidade penal acaba por ser afastada.

Existem dois grupos passíveis de serem identificados dentro da seara das permissões fracas. São eles: I) as causas legais de exculpação; e II) as causas supraleais de justificação ou exculpação.

O primeiro grupo - ou causas legais de exculpação - caracteriza-se por uma situação emergencial decorrente da atitude de terceiros, aos quais imputa-se a responsabilidade penal.

⁸⁹ PEREIRA, Flávio Cardoso. **El Agente Infiltrado Desde el Punto de Vista del Garantismo Procesal Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 423.

O segundo grupo, por sua vez, as causas supralegais de justificação ou exculpação, abarca as situações em que "a lei conflita com aspectos de ordem sociológica (supralegal) determinantes de uma necessidade de alteração de valoração jurídica ainda no plano do injusto."⁹⁰

As causas legais de exculpação, evidentemente, encontram-se previstas na legislação penal. O agente que comete o delito vê-se em uma situação de excepcionalidade concreta, de modo que a ação conforme o direito acaba por ser dificultada. Entretanto, dado o caráter atípico da ocorrência, realiza-se uma análise tópica, sendo possibilitada, neste caso, a exclusão da ilicitude da conduta do agente. Trata-se, em verdade, de situações limítrofes, que devem ser analisadas concretamente, conforme as suas características, de modo a não gerar uma regra geral, diferentemente das causas legais de justificação.

Assim dispõe o art. 22 do Código Penal, elencando as causas legais de exculpação:

Coação irresistível e obediência hierárquica

Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.⁹¹

As presentes hipóteses - coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico - são analisadas caso a caso, conforme ora relatado. São essas, portanto, as situações em que o Código Penal Brasileiro prevê, expressamente, o afastamento da responsabilidade penal do agente - que, neste caso, não é o agente infiltrado.

Tratou-se, neste ponto, até o momento, das permissões fracas expressamente previstas na legislação. Entretanto, a análise que nos interessa é, em realidade, aquela relacionada às causas supralegais de exculpação ou justificação.

Nos interessa essas últimas causas justamente por seu caráter supralegal. Ora, está a se analisar uma situação completamente distinta daquelas verificadas no cotidiano. A operação de infiltração executada por um agente policial infiltrado é objeto de extensa discussão, como bem se viu até o presente momento.

Dessa forma, existem doutrinadores sobre o tema que apontam as causas supralegais de justificação ou exculpação como justificadoras dos delitos cometidos pelo agente infiltrado.

⁹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 503.

⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>

Sobre as causas supraleais de justificação ou exculpação, Bittencourt afirma que "a existência de causas justificantes supraleais é uma decorrência natural do caráter fragmentário do Direito Penal, que jamais conseguiria catalogar todas as hipóteses em que determinadas condutas poderiam *justificar-se* perante a ordem jurídica."⁹²

Dentre as causas supraleais possíveis no entendimento da ordem jurídica, é interessante aquela que Bittencourt denomina de *colisão de deveres*⁹³, que excluiria a culpabilidade do agente. Neste caso, ocorrem hipóteses coincidentes de violação jurídica, em que ambas se excluem. Ao nosso ver, é possível visualizar, dentro do seio dessa vertente doutrinária, o conflito, por parte do agente infiltrado, entre o dever de investigar, com o fim de dismantelar a organização a criminoso, e a necessidade do cometimento de delitos para que a operação não seja comprometida.

Sobre a utilização das causas supraleais de exculpação ou justificação, ressaltando os prejuízos de uma regra geral aplicada à conduta dos agentes infiltrados, Rogério Greco assim destaca:

[...] a admissão geral de uma causa de exculpação como essa, vaga e indeterminada, no que diz respeito a pressupostos e limites, daria passo, amplamente, à insegurança jurídica [...] contudo, conforme a opinião sustentada quase por unanimidade, pode admitir-se, em situações excepcionais, uma causa supraleal de exculpação". (grifo nosso)⁹⁴

Extraí-se, portanto, o receio do jurista acima mencionado quanto à criação de uma regra geral para afastar a responsabilidade penal do agente infiltrado, encontrando em uma eventual causa supraleal de exculpação a solução para a análise do caso concreto.

Finda a análise das causas legais de exculpação e causas supraleais de exculpação ou justificação, passa-se ao exame da tese doutrinária adepta da escusa absolutória para justificar os crimes cometidos no seio da operação de infiltração por parte do policial infiltrado.

Primeiramente, sobre as escusas absolutórias, especificamente, cabe ressaltar a proximidade das mesmas com as causas de exculpação. Apesar de sua similaridade, tendo em vista o afastamento da pena em relação ao agente, é correto afirmar que as escusas absolutórias

⁹² BITENCOURT; Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p.306.

⁹³ Ibid., p.313-314.

⁹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, v.1, 786 p. v1

[...] não se confundem com as causas de exclusão da ilicitude, que retiram do fato típico o seu caráter ilícito, nem com as causas de exclusão da culpabilidade, que impedem a incidência do juízo de reprovação pessoal sobre o agente de um fato típico e ilícito.⁹⁵

Afirma-se, ainda, que as escusas absolutórias possuem um cunho pessoal, relacionando-se às características pessoais do agente que cometeu o delito. Constituem, também, causas extintivas de punibilidade em sentido estrito, sendo denominadas, modernamente, de causas pessoais de exclusão da punibilidade.⁹⁶

As escusas absolutórias incidem quando da ocorrência do delito, sendo, portanto, contemporâneas aos demais requisitos do mesmo. Entretanto, deve-se apontar ao fato de que as características do agente não se transportam aos demais indivíduos que eventualmente possam ter contribuído para o cometimento do crime. Assim delimita Paulo César Busato:

A característica de pessoalidade das escusas absolutórias conduz a uma consequência necessária de incomunicabilidade. Se o afastamento da pretensão de punibilidade é de caráter pessoal, não poderá ser estendida ao partícipe, por exemplo.⁹⁷

Tal informação é fundamental para a análise da responsabilidade do agente infiltrado - seja a partir da presente corrente doutrinária ou não -, tendo em vista que o exame do delito cometido será distinto com relação aos integrantes da organização criminosa.

Nesta esteira, cabe salientar que as escusas absolutórias são fundamentadas conforme a política criminal defendida pelo legislador, escolhida através de critérios transitórios e em virtude de sua conveniência. Aqui, o legislador considera que castigar o agente seria menos útil do que tolerar o delito cometido pelo mesmo.

Transportando o conceito das escusas absolutórias para a análise da responsabilidade do agente infiltrado, a parcela da doutrina que defende a presente corrente prega que a importância da de sua atuação está diretamente associada à impunidade do delito verificado.

Jacobo López Barja de Quiroga realiza interessante (e pertinente) observação sobre o afastamento da responsabilidade penal do agente infiltrado, frisando a possibilidade de responsabilidade civil e/ou penal dos demais participantes, bem como do próprio Estado, ao

⁹⁵ SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do código penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p.83-84.

⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 604.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 604.

afirmar que "é claro que a responsabilidade civil do Estado existe pelo funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos"(tradução nossa).⁹⁸

O supramencionado jurista espanhol aduz, ainda, que

as consequências últimas derivadas da consideração da isenção como escusa absolutória seriam que a isenção, a fim de ficar impune o delito cometido, unicamente resultaria aplicável ao sujeito policial autorizado para desempenhar o papel de agente encoberto, e haveria responsabilidade penal e civil dos demais partícipes, além do Estado a título subsidiário, em quem não concorra a circunstância pessoal de contar com a autorização judicial legitimadora de proceder encoberto.⁹⁹

Assim, afirma-se que, por uma questão de política criminal, o ato criminoso cometido pelo agente infiltrado é típico, antijurídico e culpável, porém não impõe-se uma pena justamente em razão da admissibilidade por parte do legislador.¹⁰⁰

Finaliza-se, desta forma, o exame acerca das principais vertentes teóricas que analisam a responsabilidade penal do agente infiltrado: as teses pela atipicidade (atipicidade formal e/ou conglobante e atipicidade material); as teses pela justificação (causas legais de justificação); e as teses pela exculpação (causas supralegais de justificação ou exculpação) e excusas absolutórias.

Os principais apontamentos para uma solução mais apropriada sobre a questão da responsabilidade penal do agente infiltrado serão aprofundados nos itens à sequência. Entretanto, deve-se apontar, desde já, que, ao nosso ver, o equívoco identificado em todas as teses até então apresentadas funda-se no fato de que a pretensão geral é de encontrar uma regra generalizante que seja aplicada em todos os casos envolvendo o cometimento de um delito por parte do agente infiltrado, independentemente da modalidade em que ele ocorra.

Esse critério geral pretendido pelos diversos pesquisadores do assunto em tela acaba, inevitavelmente, impedindo com que investigações mais criteriosas sejam tecidas com relação ao objeto estudado, em virtude, justamente, da necessidade gerada de se descobrir qual o instituto jurídico que melhor se adéqua à responsabilidade do agente infiltrado.

3.2 AUTORIA

⁹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. El agente encubierto. **Revista Jurídica La Ley, Diario**, Madrid, v. 4778, p. 1956, 1999.

⁹⁹ _____. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. 2ª edición, Navarra, 2007. p. 536.

¹⁰⁰ EDWARDS, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada**. Buenos Aires, 1996. p. 88.

No início deste ponto, é necessário apontar para o fato de que com a vinda da Lei 12.850/2013, que dispõe sobre as organizações criminosas, o legislador pretendeu, (assim como em todas as outras vezes em que tentou delimitar a questão do agente infiltrado) dar uma solução geral para todas as hipóteses de um delito cometido pelo agente infiltrado. Essa pretensão de resolver a questão antes mesmo da situação ocorrer é, entretanto, ao nosso ver, insuficiente para uma situação que, ainda que relacionada à responsabilidade do agente infiltrado, pode ser constituída por várias hipóteses distintas - e, assim, possuir diferentes consequências.

A análise aqui pretendida será, desta forma, em via contrária àquela seguida pelas demais correntes: ao invés de buscar uma regra generalizante para suplantar as lacunas deixadas pelo legislador, buscar-se-á a realização de um exame da conduta do agente infiltrado a partir do concurso de pessoas, partindo-se de uma observação casuística.

Em inovadora - e, neste sentido, única - tese acerca da responsabilidade do agente infiltrado, Paulo César Busato inicia criando uma nova vertente para o estudo do objeto em questão:

Como contribuição para a discussão, porém, pretende-se sustentar uma distribuição de responsabilidade que conjugue regras claras e dogmaticamente consagradas, relativas ao concurso de pessoas procurando oferecer um passo adiante na discussão do tema, sem pretensão de esgotar as infinitas possibilidades casuísticas, mas sim no escopo de oferecer uma espécie de *sintonia fina* para critérios gerais consagrados na doutrina e em legislações alienígenas.¹⁰¹

Consoante se extrai do novo passo dado pela jurista paranaense, a discussão sobre a responsabilidade penal do agente encoberto não deve ser norteadada pela escolha da aplicação de causas de justificação ou exculpação, por exemplo. É evidente que o agente, no seio da operação de infiltração, será compelido ao cometimento de delitos - lesionar um indivíduo, por exemplo. Portanto, o que deve ser debatido não é a escolha de um instituto para ser aplicado a todos os casos envolvendo o delito pelo agente encoberto; é necessário, sim, discutir sobre as situações que envolvem uma real dificuldade em saber sobre como proceder, ou, nas palavras de Busato, os "hard cases".¹⁰²

¹⁰¹ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 214, jan./jun. 2015.

¹⁰² BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 218, jan./jun. 2015.

A lei 12.850/2013, que dispõe sobre o uso da técnica de infiltração, não descreve como ela deve ser procedida, de modo que os excessos eventualmente cometidos pelo agente infiltrado não podem ser delimitados. Seu art. 13, parágrafo único, somente define que: "Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa."¹⁰³

A fórmula adotada pela referida legislação utiliza-se de uma causa de exculpação (no presente caso, a menção à inexigibilidade de conduta diversa). Conforme a disposição do referido parágrafo único, o filtro a ser usado para que se saiba quais os limites da atuação do agente seria o princípio da proporcionalidade, tendo em vista o caso concreto com relação ao crime investigado. Entretanto, a medida concebida causa confusão, na medida em que não se apura todas as hipóteses de delitos cometidos pelo policial encoberto.

Torna-se complicada, portanto, a busca por uma solução que abarque todas as situações possíveis em uma infiltração policial. Assim segue Busato:

Custa crer que se possa pensar que a solução simplista de exculpar todas as condutas que sejam consideradas arbitrariamente como *proporcionais* seja suficiente para oferecer solução a todos os casos de possível ocorrência.

Especificamente entre a doutrina brasileira [...], várias posições haviam se formado sobre o que pode ou não ser atribuído como responsabilidade penal ao *agente infiltrado* que realiza crimes durante o período em que atua como tal, todas procurando afastar a responsabilidade segundo diferentes fórmulas, a saber: exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa; escusa absolutória, por razões de política criminal; excludente da ilicitude do estrito cumprimento do dever legal; atipicidade penal por ausência de imputação subjetiva; e atipicidade penal por ausência de tipicidade conglobante.¹⁰⁴

Verifica-se, desta forma, que o mencionado autor expõe todas as teses apresentadas até então neste trabalho, apontando as razões que ensejaram suas respectivas defesas. Assim, o argumento contrário ao uso de uma regra generalizante é fundamentado justamente na impossibilidade de que o legislador preveja, precisamente, todas as situações possíveis relacionadas ao delito cometido pelo agente infiltrado.

O que propõe o jurista paranaense, portanto, é que, comprovada a relação do agente policial infiltrado a um delito cometido no seio da organização criminosa, deve-se buscar a distinção entre as formas de autoria e participação. Assevera Busato que a análise para tal diferenciação - embora reconheça as críticas atribuídas fórmula em questão - deve partir da

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 27 maio 2016.

¹⁰⁴ BUSATO, Paulo César, op. cit., p. 220-221.

"teoria do domínio do fato"¹⁰⁵, que remanesce sendo a mais consistente entre as fórmulas de diferenciação entre as distintas formas de autoria e participação."¹⁰⁶

Dessarte, explanada a posição adotada neste trabalho, embasada na recente exposição de Paulo César Busato, iniciar-se-á o exame a partir da verificação da maneira como o agente infiltrado concorreu para o crime cometido, definindo se sob a forma de autoria (se for o caso, qual modalidade de autoria) ou como partícipe (aqui, a análise pretende distinguir, igualmente, de que modo ocorreu sua participação).

3.2.1 Autoria Imediata

Primeiramente, cabe apontar que os crimes aqui verificados serão tratados sempre na modalidade de concurso de pessoas, porquanto o crime praticado somente pelo agente infiltrado, de forma independente, acarretará a responsabilização do mesmo, como se tivesse sido praticado por um agente particular qualquer.

A autoria imediata ou direta atribui a responsabilidade a um indivíduo que comete o fato criminoso de forma concreta, possuindo, exclusivamente, o domínio do fato.¹⁰⁷ Neste caso, somente um autor acaba por preencher todos os requisitos para a comissão do delito. Ora, se na autoria imediata somente um indivíduo comete o delito em questão, o(s) membro(s) da organização criminosa somente poderia(m) atuar, neste caso, como partícipe(s) ou autor(es) mediato(s), para que houvesse o concurso de pessoas necessário - se inexistente a influência de um integrante da organização criminosa nas mencionadas modalidades, o agente infiltrado é responsabilizado normalmente.

Na hipótese de um (ou vários) integrante ter sido autor mediato no delito analisado, o agente infiltrado, embora autor direto, não possui o domínio da vontade da ação - esta pertence, do contrário, ao autor mediato. Assevera, neste sentido, Busato:

Dada a situação concreta de organização hierarquizada, de executor fungível e de aparato situado às margens do direito, é mais do que evidente que a frágil posição de autor imediato ou executor deve colocar o agente infiltrado ao abrigo de qualquer imposição de responsabilidade. Sua situação na estrutura do concurso de pessoas

¹⁰⁵ O autor paranaense aponta que, sobre o assunto, cabe a análise da obra: ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat**. München: Beck, 2003, p. 5 e ss.

¹⁰⁶ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p.230, jan./jun. 2015.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 573.

deve conduzir ao abrigo de uma permissão fraca ou exculpação, porque é inexigível dele uma conduta conforme o direito. (grifo nosso)¹⁰⁸

Dessa forma, na presente situação, o agente infiltrado possuiria afastada sua responsabilidade penal sobre o resultado decorrente do delito perpetrado, na forma de uma permissão fraca ou exculpação, consoante referenciado pelo aludido autor.

No entanto, se a condição do membro da organização criminosa passa para a de partícipe, a análise do caso deságua em nova conclusão. Veja: independentemente da forma de participação ocorrida por um (ou mais) membro da organização criminosa, o domínio da ação que resultou no fato delituoso encontra-se "à disposição do agente infiltrado, mesmo que uma sugestão ou incitação fosse a ele lançada por um membro da organização."¹⁰⁹

A participação de um membro da organização criminosa, dessa forma, no delito cujo autor imediato seja identificado na figura do agente infiltrado evidencia que o criminoso investigado concede a opção ao seu aliado - o policial encoberto - de cometer ou não o crime em questão. Se há a possibilidade do não cometimento do delito, sem comprometer a investigação desencadeada, e, mesmo assim, o agente infiltrado realiza seus respectivos atos executórios, então incide a responsabilização penal do mesmo, tendo em vista não ter observado os princípios de proporcionalidade, necessidade e adequação exigíveis para a análise do caso em tela.

3.2.2 Autoria Mediata

Anteriormente a qualquer análise sobre a eventual atuação do agente infiltrado na modalidade da autoria mediata, impende trazer à tona o conceito do referido instituto jurídico:

Autor mediato é aquele que consegue realizar o evento delitivo através de interposta pessoa. Trata-se do uso de um agente imediato que funcionada como instrumento, sempre subordinado ao domínio do autor cuja vontade domina a realização [...]. Em todos os casos, há um domínio da vontade (Willensherrschaft) do realizador do evento, de modo que a vontade que se expressa na execução do crime é a daquele que instrumentaliza outro para o cometimento do delito.

A essência da autoria mediata é a instrumentalização do executor material da ação. O autor mediato será quem se serve do instrumento, que manipula o terceiro para conseguir a realização do delito."(grifo nosso)¹¹⁰

¹⁰⁸ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p.231, jan./jun. 2015.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 232.

¹¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 713-714.

Pois bem. É mais do que evidente, no presente caso, que o autor mediato, conforme acima se expôs, manipula terceiro com o intuito de cometer o delito pretendido. É o autor mediato quem possui, portanto, o domínio do fato! Ora, se é a vontade do autor mediato que prevalece - e se esta vontade é traduzida no cometimento de um delito -, instrumentalizando um indivíduo para a consecução de sua pretensão, então é mais do que correto concluir que a responsabilização será do autor mediato, e não somente dele.

Torna-se claro, portanto, qual é a maneira correta de proceder na hipótese do agente infiltrado atuar como autor mediato. Se é ele quem possui o domínio da vontade, cuja intenção é atingida a partir do momento da execução do crime, não se vislumbra uma maneira de eximi-lo com relação ao delito perpetrado.

Conforme aludido, o autor mediato é aquele que instrumentaliza um terceiro para que este, como autor imediato, atue conforme aquele pretende - sendo o autor imediato, verdadeiramente, um instrumento, como não deveria deixar de ser no presente caso. Assim, se o agente infiltrado dispõe de terceiro para a execução do crime, na condição de autor mediato, deve o mesmo ser responsabilizado, sem exceções.

Na hipótese de o agente infiltrado ter sido compelido por um membro da organização a cometer o crime, "não se pode falar que o agente infiltrado foi propriamente autor mediato. Na verdade, ele foi instrumento de outro autor."¹¹¹

O agente infiltrado, na condição de autor mediato, exerce evidente influência sob o agente executor do crime, haja vista que possui o domínio da ação do fato. Assim, extrai-se, da análise do agente infiltrado como autor mediato do delito analisado, como incabível a possibilidade de afastamento da responsabilidade do mesmo, porquanto o não cometimento do delito, neste caso, não lhe acarretaria prejuízos, tampouco à operação.

3.2.3 Coautoria

¹¹¹ _____. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.7, n.12, p.232, jan./jun. 2015.

Os casos de coautoria podem ser caracterizados por uma situação em que os agentes dividem entre si a conduta típica, dividindo seus esforços com vistas à consecução do ato criminoso. Sobre o tema, assevera Paulo César Busato:

A fórmula identificadora da teoria do domínio do fato nos casos de coautoria é chamada de *domínio funcional do fato*, uma vez que os coautores repartem *funções* para a consecução do objetivo delitivo. Nesses casos, efetivamente, cada um dos coautores dispõe de interferência no que tange à determinação do *quando*, *se*, *onde* e *como* irá ocorrer o delito. Todas as vezes que o agente disponha de possibilidade concreta de interferência de sua decisão a respeito de tal realização, é o caso de falar-se em coautoria por *domínio funcional do fato*.¹¹²

Verifica-se, desta forma, que há, pois, uma divisão na função das tarefas, do que pode se extrair que caso um dos coautores não atue de forma direcionada à execução do delito, sua inércia acarretaria o fracasso consumação do crime como um todo.

Se aplicada a coautoria ao caso do agente infiltrado, este teria sua vontade somada à do(s) membro(s) que com ele dividiu(ram) as tarefas para a execução do delito. A análise, segundo Busato, ocorre da seguinte forma: para que o crime seja perfeitamente executado, conforme previamente delimitado pelos coautores (partindo da premissa de que a ação de cada um é necessária para a consumação do delito) é imprescindível que o agente infiltrado atue conforme sua função que lhe fora designada. Se desistir da execução de sua função, a empreitada, como um todo, desmorona. Ora, na hipótese de frustrada a comissão do delito, tendo como causa a desistência por parte do agente infiltrado que simula a integração na organização criminosa, sua fidelidade ao grupo passa a ser suscetível de críticas - e, assim, suspeitas.

Igualmente, mesmo que o agente infiltrado desista da ação que lhe fora designada (e, portanto, frustrando o delito pretendido), é possível que outro membro da organização criminosa venha a substituir sua função. Em outras palavras: se o agente infiltrado desistir do desempenho de sua função na empreitada criminosa, não lhe será assegurado que outro membro da organização criminosa não o substitua. Se sua desistência for suprida pela atuação de outro membro, não só sua infiltração, em sua totalidade, resta comprometida, como o próprio delito (em que seria coautor) pode ainda ser executado.

Destaca Busato:

¹¹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 719.

Em resumidas contas, não há garantia de que se evitaria o crime, mas é certo que exporia a risco potencialmente grave e até mesmo de vida do agente infiltrado. A presença, nesses casos, de outros membros da organização, sob qualquer outra forma de participação ou autoria, não altera esse quadro.

Portanto, a atuação do agente infiltrado em coautoria deveria ser identificada como proporcional e ser exculpada pela permissão fraca de inexigibilidade de conduta conforme o direito. (grifo nosso)¹¹³

Evidentemente, a análise de eventual responsabilidade por parte do agente infiltrado deve sempre ocorrer caso-a-caso. A intenção da tese defendida neste trabalho é justamente essa: propor uma solução casuística para questão da responsabilidade penal do agente infiltrado.

Desta forma, ainda no âmbito da coautoria, é possível afirmar, a par das considerações acima realizadas, que ao agente infiltrado só seriam responsabilizados os atos em que, caso sua desistência não lhe acarretasse prejuízos - como a suspeita de sua fidelidade à organização criminosa -, desse continuidade à execução de sua função, não observando, assim, a proporcionalidade sempre defendida quando da análise da investigação infiltrada.

3.2.4 Autoria colateral

A autoria colateral possui certa peculiaridade¹¹⁴, na medida em que trata de situação na qual a autoria é compartilhada por duas pessoas sob o argumento de que os dois indivíduos, desconhecendo a intenção do outro, executam o mesmo ato.

Entretanto, diferentemente das outras modalidades de autoria analisadas, a autoria colateral delimita somente as consequências de uma situação dúbia, não qual não se sabe, realmente, quem deu causa ao resultado pretendido pelos autores colaterais, independentemente. O presente instituto não define como é executado o delito em questão, destacando somente a dupla comissão concomitante do crime.

Desta forma, transportando a presente situação à responsabilização do agente infiltrado, a análise deve ocorrer a partir das outras formas de autoria elencadas nos itens anteriores (devendo-se definir se no ato, apesar de ocorrido em concomitância à ação do autor colateral, verifica-se a autoria imediata, mediata ou, até mesmo, colateral) para, posteriormente, proceder ao exame sobre quem, de fato, deu causa ao resultado do delito.

¹¹³ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.7, n.12, p.233-234, jan./jun. 2015.

¹¹⁴ _____. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 723

3.3 PARTICIPAÇÃO

O exame, neste ponto, deixa a esfera da autoria para adentrar à da participação, de modo que o agente infiltrado também possui sua responsabilidade analisada de forma distinta à da verificada nos itens anteriores.

Primeiramente, cabe explicar, brevemente, o conceito de participação, para um maior aprofundamento do assunto aqui abordado.

A ação do partícipe de crime alheio é verificada sempre de modo acessório, pressupondo, necessariamente, a existência de uma conduta que possua um autor. Francisco Muñoz Conde ressalta que "a participação em si mesma não é nada mais que um conceito de referência que supõe sempre a existência de um autor principal em função do qual se tipifica o ato cometido."¹¹⁵

O partícipe é sempre um auxiliar do autor na análise do crime, havendo distintas formas para como o referido auxílio possa ser executado. Aqui também insere-se o conceito de domínio do fato, porquanto quem o possui, em realidade, é o autor - conforme ressaltado alhures -, ao passo que o partícipe é, tão somente, um acessório.

Embora o objeto dissecado no presente estudo trate essencialmente da responsabilidade penal do agente infiltrado, nos parece pertinente a observação apontada, novamente, por Paulo César Busato, acerca da teoria adotada pela legislação brasileira no que tange à condição de partícipe no Direito Penal:

[...] a teoria da *acessoriedade limitada* propõe que a punibilidade do partícipe seja condicionada à realização do injusto pelo autor. Ou seja, o autor necessita ter praticado o fato típico e antijurídico. Se o autor não é culpável, mas realiza fato típico e antijurídico, quem participou responde pelo fato. Assim, por exemplo, responde quem auxilia menor de 18 anos na prática de fato típico e antijurídico. Essa é a teoria adotada atualmente pelo Direito penal espanhol e alemão e é também a teoria adotada pela legislação brasileira, a partir da reforma da parte geral do Código Penal em 1984.¹¹⁶

Delimitada, assim, a noção de participação adotada na legislação brasileira, passar-se-á, então, às minúcias da referido instituto jurídico, analisando-se a responsabilidade penal do agente infiltrado em suas diferentes modalidades.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal:** parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 447.

¹¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 725

3.3.1 Participação moral

Dentro da esfera da participação, existem duas classificações: a participação moral e material. Aqui, abordar-se-á a participação moral, sob as modalidades *instigação* e *induzimento*.

A participação moral é identificada a partir de um prisma psíquico, uma vez que incide sobre a vontade do autor. Assim, influência advinda do partícipe não se dá a partir de um auxílio material, atando nos meios ou modos de execução do delito. Tem um caráter, assim, intelectual, ou, como majoritariamente denominada, moral.

3.3.1.1 Instigação e induzimento

A participação moral do agente pode ocorrer de duas maneiras, conforme aludido no item anterior: a partir da instigação ou de induzimento do autor.

A instigação atua sobre a vontade do autor propriamente dita. Neste caso, o autor já tem firmada a ideia, em seu intelecto, sobre o cometimento da prática delitiva. O que o partícipe realiza, portanto, é, em realidade, uma influência de cunho positivo no que se refere ao delito cogitado pelo autor.

Por seu turno, a indução ocorre de maneira similar à instigação, porém com uma diferença crucial: na indução, não há uma ideia preexistente sobre o cometimento do delito; este não é cogitado de antemão pelo autor. Evidente, portanto, que, ao plantar a "semente" do delito no intelecto do autor, o indutor cria, por vontade própria, a ideia do crime, verdadeiramente induzindo o autor à prática do mesmo.

As duas formas de participação moral devem, entretanto, reunir algumas características para que possam ser evidenciados como "formas de participação capazes de gerarem responsabilidade penal: devem ser prévios ao fato criminoso praticado pelo autor e devem ser eficazes, ou seja, ter gerado efeitos no que tange à decisão quanto à realização do delito."¹¹⁷

Adentrando à análise de eventual responsabilidade penal imputada ao agente infiltrado no decorrer de sua investigação, a participação moral, sob as modalidades induzimento e instigação também são objeto de exame por parte de Paulo César Busato.

¹¹⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 727

O mencionado jurista afirma que, neste ponto, o agente infiltrado atua como verdadeiro agente provocador, de forma "adoçar" a realização de um delito, cujo domínio do fato encontra-se sob o(s) autor(es) membros da organização criminosa investigada ou, ainda, influenciam o(s) mesmo(s) a ponto de fazer com que a ideia da prática delitiva nasça em virtude de sua influência.¹¹⁸

Se o agente infiltrado instiga o membro da organização criminosa que já planeja a prática do crime, porém encontra-se hesitante, a influência do agente infiltrado acaba por ser somada à decisão do autor acerca da execução do delito; se de fato cometê-lo - mesmo que na forma tentada -, conclui-se consumada a instigação por parte do agente encoberto, devendo o mesmo ser, então, devidamente responsabilizado.

Igualmente, na hipótese de que o policial infiltrado induza o membro da organização criminosa ao cometimento de uma prática delitiva, fazendo com a ideia da mesma nasça em seu intelecto, ao agente infiltrado é-lhe imputada responsabilidade sobre o crime (novamente, mesmo que na forma tentada) de forma ainda mais profunda.

Sobre a responsabilidade penal do agente infiltrado na seara das referidas mencionadas modalidades de participação moral ou intelectual, Busato defende que essa "contribuição intelectual, ainda que subalterna, é vista de modo geral como provocação de delito que jamais pode conduzir à exclusão de responsabilidade do agente infiltrado."¹¹⁹

Entende-se, em princípio, correta a análise do paranaense, porquanto o crime eventualmente cometido (novamente, mesmo que somente na forma tentada) sofreu influência direta por parte do agente infiltrado, em um cenário onde o membro da organização criminosa dispõe do domínio da ação do fato. Há, portanto, evidente desproporcionalidade na conduta do agente infiltrado na medida em que a sua participação não adéqua-se aos preceitos defendidos neste trabalho.

Há, todavia, uma exceção, conforme assevera Busato. Nos casos em que há a participação moral do agente infiltrado, seja por induzimento ou instigação, com o intuito da ocorrência de um delito alternativo. O autor, nesta hipotética situação, cogita duas ou mais práticas delitivas, sendo que há a imprescindibilidade de que uma, ao menos, seja executada.

Neste caso

¹¹⁸ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.7, n.12, p.235, jan./jun. 2015.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 235

[...] haveria de se considerar que a contribuição intelectual causal para a produção do resultado foi orientada no sentido da diminuição do risco, afastando-se necessariamente a própria pretensão conceitual de relevância em face da ausência de critérios normativos para a imputação objetiva (...)

Se a questão se põe em termos de exculpação, pode-se dizer que, como exceção aos casos de instigação de induzimento, aquelas condutas que guardem este perfil, mas consistam em atuações no sentido de diminuição de risco, estariam acobertadas pela regra geral de exculpação.¹²⁰

Evidencia-se, portanto, que a indução e a instigação executada pelo agente infiltrado que enseje, definitivamente, os atos executórios de um delito, este perpetrado por um (ou mais) autor membro da organização criminosa, inexistente a possibilidade de que sua responsabilidade seja afastada. A ressalva é feita, entretanto, nos casos em que a participação intelectual do agente encoberto ocorre no sentido de diminuição de risco - neste ponto, entende-se, inclusive, que o agente está a cumprir com os princípios de sua função, na medida em que a investigação infiltrada visa à diminuição de riscos causados pela organização criminosa; portanto, nada mais congruente do que participar do delito que venha a ser inevitavelmente cometido de forma com que os prejuízos sejam minimizados.¹²¹

3.3.2 Participação material

Diferentemente da participação moral, esta modalidade de participação identifica-se pelo auxílio material à prática delitiva. A participação material ocorre através da modalidade *cumplicidade*. Cúmplice é "quem contribui para o crime prestando auxílio ao autor ou partícipe, sem, no entanto, partilhar do domínio do fato."¹²²

O cúmplice pode auxiliar o autor à medida que sua ajuda se relaciona aos meios ou modos de execução da prática delitiva executada pelo detentor do domínio do fato. É necessário, ainda, para a configuração da participação material, que o partícipe possua nexos

¹²⁰ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.7, n.12, p.235-236, jan./jun. 2015.

¹²¹ Embora não se trate de situação relacionada a uma operação de infiltração, a questão do delito alternativo é muito bem retratada na série de televisão *Better Caul Saul*, disponibilizada no acervo de mídia digital *Netflix* - série que demonstrou ser positivamente independente de sua antecessora, *Breaking Bad*. No segundo episódio de sua primeira temporada, o protagonista da série encontra-se em uma situação complicadíssima: um traficante, com sérias tendências homicidas, pretende assassinar dois adolescentes que, junto com Jimmy - o protagonista -, haviam tentado aplicar um golpe na avó do mencionado traficante. Jimmy (que, na série, representa um advogado possuidor de lábia invejável), após intensa conversa com o traficante, logra êxito em convencê-lo a quebrar as pernas de ambos os adolescentes, em substituição ao duplo homicídio anteriormente pretendido. Na presente situação, malgrado não se trate de uma operação de infiltração, é possível identificar a participação moral do advogado no delito de lesão corporal grave cometido pelo traficante; entretanto, evidencia-se, aqui, que sua participação ocorreu no sentido de diminuir o risco proporcionado pelo autor, tendo em vista o sopesamento dos bens jurídicos no caso concreto - o bem jurídico vida prevalece, evidentemente, sobre a integridade corporal, lesionada quando da quebra das pernas dos adolescentes.

¹²² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 727

material (devido ao seu auxílio de cunho material) e psicológico, este decorrente da consciência de que está a auxiliar o autor na prática do delito.

Deve-se asseverar, também, que a participação material também pode ocorrer na forma intelectual. É possível, por exemplo, que, incrementando o risco do delito que o autor está a cometer, o partícipe forneça dados ao autor, que o auxiliem na execução do crime (p. ex., informando, ao autor, a senha de um cofre da casa que está sendo assaltada).

3.3.2.1 Cumplicidade

Demonstrada a forma como ocorre a participação material do agente do delito perpetrado pelo autor, a análise da responsabilidade do agente infiltrado encaminha-se para o exame das situações em que o mesmo auxilia materialmente um (ou mais) membro da organização criminosa investigada na prática de um crime.

Reitera-se, aqui, o fato de que o autor, membro da organização criminosa, é quem, de fato, possui o domínio da ação do fato; portanto, a execução da empreitada delitiva não depende, necessariamente, da atuação do agente infiltrado na condição de partícipe - frise-se que, diferentemente da participação moral, neste caso, trata-se somente de auxílio material à prática delitiva.

A cumplicidade, em virtude de sua própria essência, é contribuição acessória material ao crime pretendido. Dessa forma, compreende-se cabível a afirmação de Busato, quando este afirma que a figura da cumplicidade

parece ser exatamente a figura que se encontra coberta pela norma exculpante anunciada no dispositivo legal mais clara e amplamente.

A *cumplicidade* é uma contribuição necessariamente menor em face da autoria. O crime em questão é aquele com o qual se contribui *acessorariamente*, portanto, resta óbvio que a conduta principal é aquela a respeito da qual se produzirá a prova. (grifo nosso)¹²³

Tratando-se, portanto, de situação em que o agente infiltrado atue como cúmplice do autor, membro da organização criminosa, verifica-se, em princípio, que resta preenchidos os requisitos de proporcionalidade e necessidade defendidos ao longo deste trabalho, nos quais deve o agente pautar suas ações durante a infiltração.

¹²³ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.7, n.12, p.234, jan./jun. 2015.

É forçoso repisar na questão das razões que levam o policial infiltrado ao cometimento de delitos durante a investigação. Sua simulação - a própria integração ao grupo investigado - deve ser mantida intacta durante todo o período da operação, quer para a produção dos resultados almejados, quer pela própria integridade do agente. Assim, em uma situação em que se vislumbra a necessidade de contribuição para a realização de uma prática delitiva, na forma de cumplicidade, a fidelidade do agente infiltrado, como membro restará cristalina se o mesmo proceder de forma a auxiliar o autor do crime.

Pelas razões expostas, entende-se que, a princípio, incide, neste ocasião, a permissão fraca de inexigibilidade de conduta conforme o direito¹²⁴, tendo em vista que há proporção na atuação do agente infiltrado, que busca, tão somente, a continuidade da operação de infiltração, bem como a salvaguarda de sua integridade física.

3.4 OUTRAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO

Paralelamente às espécies de participação evidenciadas nos itens antecedentes a este, verifica-se, no Direito penal, outras que podem, da mesma forma, constituir objeto de análise durante eventual exame da responsabilidade do agente infiltrado no seio de sua investigação.

Dentre as modalidades excepcionais existentes, destacar-se-ão, nos pontos subsequentes, duas delas: a *participação em cadeia* e a *participação sucessiva*.

3.4.1 Participação em cadeia

A participação em cadeia consiste, em suma, na participação da participação. Em outras palavras, há uma cooperação com a pessoa do partícipe para que a prática delitiva seja levada a cabo. Sobre o tema, observa Osmar Lino de Farias:

Ocorre a chamada participação em cadeia ou participação da participação quando se incita a instigar, se incita à cumplicidade, ou seja, quando se é cúmplice da instigação ou cúmplice da cumplicidade. Assim, ocorre a participação em cadeia, quando se instiga alguém a instigar outro a cometer um crime; quando se conserta a arma que o outro vai entregar ao autor para que a use na prática do crime.¹²⁵

¹²⁴ BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v.7, n.12, p.235, jan./jun. 2015.

¹²⁵ FARIAS, Osmar Lino. Concurso de pessoas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.8, n. 20, fev. 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12933&revista_caderno=3>. Acesso: 29 maio 2016.

Admite-se como plenamente possível, assim, a existência de uma participação da participação, como acima mencionado. Conforme o exemplo, existem várias maneiras para que ocorra uma participação da participação, podendo ela ser tanto moral (nas formas da instigação e induzimento) como material (na forma do auxílio material da cumplicidade).

Em uma análise casuística da responsabilidade do agente infiltrado devido a uma participação da participação, o exame será da forma apregoada neste trabalho quando da explicação acerca da participação moral e material; o que deverá ser observado, no presente caso, será, pois, a forma como se deu a participação da participação por parte do policial encoberto, em nada influenciando o fato de ela ter ocorrido na modalidade de participação em cadeia.

Cabe, entretanto, uma ressalva: observou-se, anteriormente, que a participação só poderá ser punida se o autor por ela influenciado/auxiliado executou o delito, mesmo que na forma tentada. Deste modo, na possibilidade de ter logrado êxito na participação da participação, porém sem que o autor tenha dado seguimento aos atos executórios do crime, ao agente infiltrado não será imputada responsabilidade alguma.

3.4.2 Participação sucessiva

A situação verificada na participação sucessiva é distinta da participação em cadeia, sendo mais complexa do que a examinada no item anterior.

Cabe aqui, mais uma vez, a explanação firmada por Paulo César Busato, acerca da definição de participação sucessiva:

[...] a responsabilidade será distribuída de acordo com a eficácia das contribuições. Nos casos de cumplicidade, os auxílios que foram efetivamente empregados para a prática do delito serão aqueles geradores de responsabilidade, os desprezados, não. No caso de induzimentos e instigações, aquelas que afetaram a decisão do autor no sentido de realização da realização do delito serão geradores da responsabilidade, aquelas que foram ignoradas ou desprezadas, não. Em qualquer caso, especialmente nas hipóteses de participação moral, a questão probatória resta crucial. (grifo nosso)¹²⁶

Nota-se, da definição acima, que o delito cometido pelo autor deverá ter sido auxiliado ou influenciado por um partícipe específico, independentemente da existência de outro(s) indivíduos(s) que concorreram para a participação, porém sem que esta tenha sido determinando para o ato.

¹²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 728

Assim, na hipótese do agente infiltrado ter atuado como partícipe, moral ou materialmente, deverá ser, primeiramente, verificado se foi a sua participação que de fato contribuiu para o ato do autor. Se inexistente a influência (moral ou material) do agente infiltrado para o crime em questão, encerra-se a discussão sobre sua responsabilidade; se, de outro modo, sua participação foi determinante para o ato cometido, o exame de sua responsabilidade ocorrerá conforme a modalidade de sua participação, sendo esta moral (na forma da instigação ou induzimento) ou material (na forma da cumplicidade), nos moldes das propostas defendidas neste trabalho.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo uma abordagem distinta das demais no que tange ao tema da infiltração de agentes. Diante dos diversos assuntos que envolvem a questão das organizações criminosas, escolheu-se a técnica de investigação que, ao nosso ver, é, talvez, a mais complexa dentre as demais existentes nesse âmbito.

Notou-se, ao longo desta breve pesquisa, que a infiltração de agentes encontra-se revestida de diversos detalhes controversos, em virtude, justamente, de seu caráter extraordinário. Desde já, é forçoso destacar que o instituto aqui abordado é, por si só, passível de críticas somente por sua essência: o Estado está, pois, a autorizar um de seus funcionários a cometer delitos, infringindo, visivelmente, direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Assim, torna-se compreensível a existência de inúmeras críticas ao instituto do agente infiltrado.

A metodologia adotada dividiu-se em três seções: 1) a delimitação da figura do agente infiltrado, explorando suas especificidades frente a outros institutos; 2) a evolução histórica - com enfoque à legislativa - pela qual passou a infiltração de agentes; e 3) o discurso teórico criado em torno da responsabilidade penal do agente infiltrado, nas suas diferentes vertentes.

Em uma análise transversal realizada, entre os diferentes pontos do presente trabalho, foi possível constatar a preocupação dos legisladores, ao longo do curso histórico, com a questão envolvendo eventual prática delitiva por parte do agente infiltrado. O que se pode vislumbrar foi a tentativa - ineficaz, frise-se - de aplicar uma regra geral a todas as situações que envolvessem um delito praticado por um agente encoberto. Entretanto, como se pode concluir, uma regra geral que seja aplicada a uma questão de extrema complexidade (como é a examinada nesta pesquisa) acaba por se tornar insuficiente.

A doutrina, de modo geral, adotou o princípio da proporcionalidade como critério precípua para filtrar eventuais excessos cometidos pelo agente infiltrado. Todavia, tal critério, não obstante essencial à análise, é demasiado abstrato para um julgamento aprofundado da situação. A própria Lei de Organizações Criminosas, de nº 12.850/2013, adotou o referido critério, ressaltando que o agente infiltrado terá sua responsabilidade será afastada se inexigível conduta conforme o direito. Novamente, observa-se um filtro nada objetivo para que se proceda ao julgamento do caso.

Desta forma, o que se propõe, neste trabalho, é justamente uma via inversa para o exame da situação: ao invés de se almejar uma regra que seja aplicada a todos os casos envolvendo a prática delitiva por parte do agente infiltrado, opta-se por uma análise casuística da questão.

Contrariamente ao que foi proposto até então, a forma de se investigar as ocorrências envolvendo o agente encoberto, ao nosso ver, possuiria maior eficácia se a análise fosse partisse do pressuposto de que o agente infiltrado cometa o delito, no seio da operação de infiltração, juntamente a outro membro da organização criminosa, implicando um exame com base no concurso de pessoas.

Assim, tornar-se-ia mais criterioso o julgamento de casos como o aqui explorado se, no lugar de uma regra geral, os mesmos fossem averiguados a partir da modalidade do ato praticado pelo agente infiltrado, na forma da participação ou autoria. Deste modo, não somente seriam evitadas lacunas legislativas - como se observa atualmente -, como o próprio policial, na atuação de forma infiltrada, possuiria maior segurança jurídica de seus atos quando da iminência de um delito a ser praticado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Infiltração policial: possibilidade. **Jornal Carta Forense**, set. 2013. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/infiltracao-policial-possibilidade/11950>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

ARAÚJO SILVA, Eduardo. **Crime organizado**: Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Crime organizado** - aspectos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.155.

BITTENCOURT, C. R. Participação em organização criminosa: uma leitura dogmática. **Revista Caderno de Relações Internacionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 94, jan./jun. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras reflexões sobre organização criminosa - anotações à Lei 12.850/2013. **Atualidades do Direito**, set. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>> Acesso em: 16 mar. 2015.

BITENCOURT; Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 nov. 2014

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002**: Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4376.htm> Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 13. nov. 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. **Decreto nº 5.015, de 14 de março de 2004**: promulga a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**: Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Brasília, DF, 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. **Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001**: Altera os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**: Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**: Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112694.htm> Acesso em: 17 nov. 2014.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**: Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 05 nov. 2014.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre a responsabilidade criminal do agente infiltrado por delitos praticados em concurso com membros da organização investigada. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 214, jan./jun. 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crime organizado: nova Lei 12.850/13 e o problema da conduta dos agentes infiltrados no cometimento de infrações penais. **JusNavegandi**, set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26586/crime-organizado-nova-lei-12-850-13-e-o-problema-da-conduta-dos-agentes-infiltrados-no-cometimento-de-infracoes-penais>> Acesso em: 06 abr. 2015.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Aspectos Jurídico-Operacionais do agente infiltrado**. 1.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CARMONA SALGADO, Concepción. “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”:

Estudios jurídico-penales y Político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines. (Coord. Lorenzo Morillas Cueva). Madrid: Dykinson, 2003.

COSTA, Renata Almeida da Costa. **Sociedade complexa e o crime organizado**: a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

EDWARDS, Carlos Enrique. **El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada**. Buenos Aires, 1996.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

FARIAS, Osmar Lino. Concurso de pessoas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.8, n. 20, fev. 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12933&revista_caderno=3>. Acesso: 29 fev. 2016.

FERNANDES, Welington Henriques. Considerações acerca da possibilidade da infiltração policial como meio de prova ante a criminalidade organizada. **Conteúdo Jurídico**, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-acerca-da-possibilidade-da-infiltracao-policial-como-meio-de-prova-ante-a-criminalidade-organiza,42188.html>> Acesso em: 16 abril 2015.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. **Introducción a la obra “La criminalidad organizada: Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales”**. Madrid: Dykinson, 2005.

GOMES, Luis Flávio. Comentários aos artigos 1º e 2ª da Lei 12.850/13: Criminalidade organizada e crime organizado. **Atualidades do Direito**, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/>> Acesso em: 21 abr. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político criminal. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). **Jus Navigandi**, Teresina, v.7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2919>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. maio 2009. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print> Acesso em: 16 mar. 2014.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O crime organizado na visão da Convenção de Palermo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, v.1.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Agente procovador, agente infiltrado e o novo paradigma de processo penal. In: MOREIRA, Rômulo (Org.). **Leituras complementares de Processo Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

_____. Direito Processual Penal. In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord.). **Teoria unificada: primeira fase**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.141-142. (Coleção Del Rey Internacional, 6)

HASSEMER, Winfried. "Segurança Pública no Estado de direito". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 5, p. 57, 1994.

_____. Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 6, n. 23, p.27, jul./set. 1998.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/pt-br.php>> Acesso em: 15 out. 2014.

KOZLOWSKI, Igor. **Infiltração de Agentes Policiais vs. Princípios Ordenadores do Estado Democrático de Direito: Breves Considerações**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, jul. 2007. f.1-2. Disponível em: <http://www.ibccrm.org.br/_www.ibccrm.org.br/_site/artigos/_imprime.php?jur_id=9513>. Acesso em: 25 abr. 2016.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Sorrells v. United States. Washington, D. C.: Cornell University Law School, 1932. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/287/435>> Acesso em: 05 fev. 2015.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. El agente encubierto. **Revista Jurídica La Ley, Diario**, Madrid, v. 4778, 1999.

_____. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. 2ª edición, Navarra, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis n. 12.694/2012 e 12.850/13**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26108/o-conflito-conceitual-de-organizacao-criminosa-nas-leis-n-12-694-12-e-12-850-13>> Acesso em: 05 maio 2014.

MARX, Gary T. **Undercover: Police Surveillance in America**. Berkeley: University of Califórnia Press, 1988.

MASIERO, Clara Moura. Novas tendências de política criminal e a consagração do agente infiltrado nos ordenamentos nacionais. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**,

v.13, n.78, p.113-143, fev./mar. 2013. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;2000960008>> Acesso em: 16 mar. 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: Aspectos gerais e mecanismos 4 legais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MONTOYA, Mario Daniel. **Informantes y técnicas de investigación encubiertas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

MORAES, Ana Candida Lamoia de. A Infiltração Policial como Técnica de Investigação no Combate ao Crime Organizado: Aspectos Jurídicos e Legais. **Direito Penal Virtual**, v. 8, n. 76, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/a-infiltracao-policial-como-tecnica-de-investigacao-no-combate-ao-crime-organizado-aspectos-juridicos-e-legais>> Acesso em: 15 mar. 2015.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da figura do agente infiltrado nas organizações criminosas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.15, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12582>. Acesso em: 13 nov. 2014.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Responsabilidade penal dos agentes infiltrados. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.17, n. 3460, 21 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23300>>. Acesso em: 03 mai. 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização criminosa – Lei nº. 12.850/2013**. Porto Alegre: Lex Magister, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>> Acesso em: 04 abr. 2014.

MORETZSOHN, Eugênio. A infiltração de agentes policiais durante as Operações de Inteligência. **DefesaNet**, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.defesanet.com.br/riots/noticia/11714/A-infiltracao-de-agentes-policiais-durante-as-Operacoes-de-Inteligencia/>> Acesso em: 16 mai. 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. 1. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **A nova lei de organização criminosa – Lei Nº. 12.850/2013**. 1.ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado** - contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: Medidas de Controle e Infiltração Policial. Curitiba: Juruá, 2007.

PEREIRA, Filipe Alves Martins; SILVA, Rafael de Vasconcelos. **Análise Jurídica da Nova Lei de Organizações Criminosas** - Lei 12.850/13, de 05 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/09/17/analise-juridica-das-novas-leis-de-organizacoes-criminosas/>> Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Direito Processual Penal. In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord.). **Teoria unificada: primeira fase**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos**. 1. ed. Córdoba: Lerner Editora, 2012.

PEREIRA, Flávio Cardoso. A Investigação Criminal Realizada por Agentes Infiltrados. **R2 Direito**, fev. f. 1-14, 2008. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_979_A%5Finvestigacao%5Fcriminal%5Frealizada%5Fpor%5Fagentes%5Finfi>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. **El agente infiltrado desde ele punto de vista del garantismo procesal penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

_____. **Meios extraordinários de investigação criminal: ações controladas e agentes infiltrados**. São Paulo: Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP), dez. 2007. v. 6. Disponível em: <<http://flaviocardosopereira.com.br/artigos>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Meios Extraordinários de Investigação Criminal: Infiltrações Policiais e Entregas Vigeadas (Controladas). **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, Goiás, n. 6, p. 17-19, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa** - nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. Agente infiltrado: Inovação da Lei 10.217/2001. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, São Paulo, v. 1, n.1, jan./jun. 2001.

ROMAIS, Celio. **Ação do Ministério Público é exemplo: Infiltração policial realizada na "Operação Lagarta" é enfocada em livro**. Porto Alegre: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id13795.htm>> Acesso em: 15 nov. 2014.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do código penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTAMARÍA, Claúdia B. Moscato de. **El Agente Encubierto**. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA FILHO, Jayme José de. **Investigação Criminal à Luz da Lei 9.034/95: A atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais**. Disponível em:

<http://www.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_07.pdf> Acesso em: 13 mar. 2015.

TOLENTINO NETO, Franciso. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). **Crime Organizado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. **A Infiltração de Agentes em Quadrilhas ou Bandos, Organizações ou Associações Criminosas**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, set. 2003. Disponível em: <www.mp.pr.gov.br/eventos/teses/lafaieti.doc>. Acesso em: 14 mar. 2015.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model penal code official draft and explanatory notes**. Whashington, 1985. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2014.

THE FBI FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. **Undercover Agent: using intel to Stop the Mob, Part 3**. Mach, 2008. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/news/stories/2008/march/pistone031308>> Acesso em: 20 nov. 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v.1.